النظرية العامة للإلتزام

الجزء الثاني

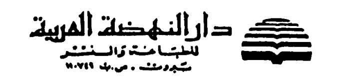
أحكام الإلتزام

في

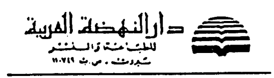
القانون المصري والقانون اللبناني

دكتور نبيل ابراهيم سعد

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض
رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة بيروت العربية



١٩٩٥



• الإدارة: بيروت، شارع مدحت باشا، بناية كريدية، تلفون: 866271
818705 / 818704
برقياً: دانهضة، ص.ب 749-11
تلفاكس 001-212-4781-232

• المكتبة: شارع البستاني، بناية اسكندراني رقم ٣، غربي الجامعة العربية، تلفون: 818703/316202

• المستودع: بئر حسن، تلفون: 833180

النظرية العامة للالتزام



مقدمة

من خلال هذه المقدمة نود أن نعرض لثلاث نقاط على التوالي أولاً: تعريف الالتزام. ثانياً: أحكام الالتزام وقانون الائتمان. ثالثاً: موضوع وخطة الدراسة.

أولاً ـ تعريف الالتزام وكيفية عمل نظرية الالتزام:

يمكن تعريف الالتزام بأنه «رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما، ويسمى المدين، بأن يقوم بأداء مالي معين لمصلحة شخص آخر، ويسمى الدائن، ويكون المدين مسؤولاً عن دينه، كقاعدة عامة، في كافة أمواله»[1].

ويجب أن نشير منذ البداية إلى أن هذه الرابطة لها وجهان: إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن فتسمى بالحق الشخصي أو حق الدائنية، وذلك لأن للدائن بمقتضاها الحق في مطالبة المدين بما عليه من أداء، ووسيلته في ذلك، كقاعدة عامة، الدعوى. وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين تسمى التزاماً وذلك لأن المدين هو الذي يقع عليه عبء الوفاء بالأداء الذي التزم به للدائن. وعلى ذلك فالالتزام هو الوجه السلبي لحق الشخصي، فالحق للدائن. وعلى ذلك فالالتزام هو الوجه السلبي للحق الشخصي، فالحق للدائن والالتزام على المدين.

وهذا اتعريف يكشف لنا عن ثلاث خصائص للالتزام وهي:

١ ـ الالتزام رابطة قانونية بين شخصين الدائن والمدين:

وتعتبر هذه الرابطة هي جوهر الالتزام، وذلك راجع إلى أن طبيعة الالتزام تحتم أن يتعين، منذ البداية، أحد طرفي الرابطة أو العلاقة، وهو المدين. كما يلزم أن يتعين الدائن كأصل عام منذ البداية، وإن كان من الممكن أو من المتصور أن يكون قابلاً

(١) إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، فقرة ١٦٥، ص ٣٠

للتعيين في المستقبل، على أن يلزم في جميع الأحوال أن يكون معيناً هو الآخر وقت التنفيذ.

وتحديد شخص المدين في الالتزام منذ البداية باعتباره الطرف الذي يقع على عاتقه أداء معين في مواجهة الدائن يعتبر الخطء الفاصل بين الحق الشخصي والحق العيني. فإن الحق الشخصي أو حق الدائنية يوجد واجب خاص يقع على عاتق شخص معين هو المدين، أما في حالة الحق العيني، فإنه يوجد واجب عام عى الكافة باحترام ما للشخص من سلطة مباشرة على شيء معين، وبالتالي فلا يوجد مدين معين بذاته. كما أن الواجب الخاص الذي يقع عى المدين في الالتزام يكون عنصراً سلبياً في ذمة المدين، بينما الواجب العام على الكافة لا يدخل ضمن عناصر أية ذمة مالية لمن يقع عليهم هذا الواجب.

وإذا كان أهم ما يميز الالتزام أنه رابطة بين شخصين، إلا أن أهم ما يميز هذه الرابطة أنها رابطة قانونية. فالالتزام واجب قانوني، أي أنه واجب يكفل القانون احترامه، والقاعدة أن الوسيلة إلى ذلك هي الدعوى، يمنحها القانون لصاحب الحق الدائن، ليقتضي حقه من مدينه. لكن إذا كان كل التزام واجباً فإنه ليس كل واجب التزاماً. فالالتزام واجب قانوني. وهذا ما يميزه عن غيره من الواجبات الخلقية والمجاملات. فالالتزام واجب قانوني يرتب أثراً تحميه الدولة ويمكن المطالبة به أمام القضاء وذلك بخلاف الواجبات الخلقية والمجاملات.

غير أنه في بعض الأحوال يكتفي القانون بحماية ناقصة، وهذا هو الالتزام الطبيعي. فالالتزام الطبيعي التزام قانوني، أي على المدين واجب قانوني، فإذا أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً لا يعتبر متبرعاً، ولا يجوز له أن يسترد ما أداه. أما أن لم يوف به المدين باختياره فليس للدائن من سبيل إلى إجباره على الوفاء، وذلك لأن حماية القانون لا تتوافر كاملة[1].

٢ ـ الطبيعة المالية للالتزام، الخصيصة الأساسية للالتزام هي مالية الأداء الذي يلتزم به المدين. فالالتزام واجب قانوني يمكن تقديره بالنقود. لذلك فإن الالتزام

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ٣١. أستاذنا الدكتور توفيق فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، ١٩٨١، ص ١١٠١٠.

يكون عنصراً سلبياً في ذمة المدين، وفي المقابل يعتبر عنصراً إيجابياً، باعتباره حقاً في ذمة الدائن.

هذه الخصيصة الأساسية للالتزام هي التي تميز الالتزام عن الواجبات القانونية الأخرى التي لا يكون الأداء فيها مالياً كواجب الخدمة العسكرية، وواجبات الأسرة، كواجب الزوجة طاعة زوجها، وواجب الأبناء طاعة الأب، كل هذه الواجبات تعتبر واجبات قانونية لكنها لا تعتبر التزاماً بالمعنى الفني الدقيق.

٣ ـ مسؤولية المدين في تنفيذ التزامه في جميع أمواله: هذا العنصر يفسر كيف تعمل نظرية الالتزام، بل كيف يعمل النشاط الاقتصادي كله، وخاصة الإئتمان، كما أن هذا العنصر يكشف عن أهمية نظرية الالتزام ليس في الوقت الحاضر فحسب. بل في القوانين القديمة.

في القانون الروماني كان الالتزام في البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدراً للسلطة، قيداً قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله في حالة عدم تنفيذه. فقد كانت الأنظمة القانونية التي لم تبلغ بعد حداً من التطور لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل الالتزام دون اعتداء عى شخص المدين، وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل القانونية فإن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافي. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق، بطبيعة الحال، مع عقلية هذا العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة.

أما في المجتمعات الحديثة فقد أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين، وسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أي قيمة لدى الدائن. حيث أن كل ما يهم هذا الدائن هو الحصول على حقوقه التي كان ينتظرها ويرتب حياته عيها. كما أن استرقاق المدين أو سجنه وبيعه أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنظام العام أو الآداب.

ولذلك فإن القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية واحترام تنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب وذلك على النحو الذي سوف نراه على مدار هذه الدراسة لأحكام الالتزام.

فإن لم تجد هذه الوسائل في حمل المدين على التنفيذ أو إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. فإن لم يقم المدين بالتنفيذ العيني أو بمقابل طوعاً واختياراً فليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري. والتنفيذ الجبري، عيناً كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه. وهذه الأموال هي الضامنة للوفاء بالتزامه. وهذا ما يسمى بالضمان العام كما سوف نرى فيما بعد.

والضمان العام يعني أن أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون.

مقتضى ذلك أنه إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العيني أو بمقابل طوعاً واختياراً فإنه يتم الحجز على أمواله بمقتضى حكم من القضاء أو أي سند تنفيذي آخر، وبيعها بالمزاد العلني، ويحصل جميع الدائنين، على قدم المساواة، على حقوقهم من حصيلة هذا البيع. فإذا كانت هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوق الدائنين كاملة كان بها وانتهى الأمر. وإذا لم تكن هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوقهم كاملة توزع هذه الحصيلة عليهم بنسبة دين كل منهم، أي تقسم قسمة غرماء فيما بين الدائنين.

إلى جانب حق الضمان العام للدائنين يوجد الضمان الخاص الذي يخول للدائن الأولوية والتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة. ويستطيع الدائن أن يحصل على هذه الوسائل القانونية للتقدم أما بمقتضى اتفاق خاص مع الدائن، كما هو الحال بالنسبة للرهن، الرسمي والحيازي، وأما بمقتضى حكم من القضاء، كحق الاختصاص، وأما بحكم القانون لصفة في الدين، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الامتياز.

والدائن المزود بأحد هذه الحقوق يستطيع أن يحصل على كامل حقه من قيمة العين أو الأعيان المحملة بهذا الحق بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة. فإن لم تكن قيمة هذه العين أو الأعيان تكفي للوفاء بكامل حقه فإن الدائن يرجع بما تبقى له على الضمان العام لمدينه باعتباره دائناً عادياً، ويخضع عندئذٍ لمبدأ المساواة بين الدائنين.

ثانياً ـ أحكام الالتزام وقانون الائتمان:

إن النظرية العامة للالتزام تتضمن الأصول العامة التي تشترك فيها الالتزامات رغم اختلاف صورها العملية، ولذلك فإن نظرية الالتزام تعد، بحق، العماد الذي يرتكز عليه النشاط الاقتصادي والمالي في المجتمع. كما أن أحكام الالتزام، بصفة خاصة، تعتبر حجر الزاوية في قانون الائتمان وذلك من عدة نواح:

١ ـ فمن خلال دراستنا لأحكام الالتزام سنقف طويلاً أمام حق الضمان العام للدائنين ووسائل حمايته والمحافظة عليه. فحق الضمان العام يمثل النطاق العام لحماية الدائن، أو الحد الأدنى لهذه الحماية. كما أن حق الضمان العام يفسر لنا بوضوح كيف يعمل النشاط الاقتصادي في المجتمع ككل.

٢ ـ إن دراسة الوسائل والأساليب الفنية التي تعمل على وصول الدائن إلى حقه وكذلك دراسة وسائل حمل المدين على تنفيذ الالتزام، كالحق في الحبس، والتهديد المالي، والشرط الجزائي وما إلى ذلك، تكشف عن التنظيم القانوني الذي يعمل الائتمان من خلاله.

٣ ـ نحن نعلم أن الائتمان يقوم على الثقة، وأن هذه الثقة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد والزمن. بمعنى أنه لا يتصور الائتمان بدون وجود عنصر الزمن، لأن الائتمان يفترض أن يكون أداء أحد الطرفين ممتداً في الزمان، وبالتالي قصد المستقبل. ولذلك سوف نجد أن دراسة الأجل في أحكام الالتزام هي دراسة لأهم أجزاء قانون الائتمان، وإن كانت دراستنا له هنا تتسم بالطابع الفني المحض.

٤ ـ إن دراسة وسائل ضمان تنفيذ الالتزام كالتضامن والتضامم، وعدم القابلية للانقسام والدعوى المباشرة، والإنابة الناقصة، والمقاصة، تشكل أهم عناصر قانون الائتمان.

إن دراسة انتقال الالتزام تشكل حجر الزاوية في قانون الائتمان. فالائتمان لا ينهض ولا ينتشر إلا عن طريق تسهيل تداول الحقوق.

ناهيك عن الدراسات التفصيلية الأخرى والتي تعمل على تشجيع الائتمان وتسهيله[1].

---

(١) انظر مؤلفنا، نحو قانون خاص بالإئتمان، منشأة المعارف ١٩٩٠.

ثالثاً ـ موضوع وخطة الدراسة:

نتناول في هذا الجزء دراسة أحكام الالتزام، وهي دراسة الالتزام مجرداً عن مصدره، ولذلك كانت معظم قواعده عامة التطبيق على كافة صور الالتزام أياً كان المصدر الذي نشأ عنه. وإذا كانت قواعد نظرية الالتزام، في قسميها، تتميز بأن التجريد فيها، وبالتالي التعميم، قد بلغ حداً لم يبلغه في أي فرع آخر من فروع القانون، فإن القسم الثاني من هذه النظرية والمتعلق بالأحكام يعتبر أكثر تجريداً وعمومية من القسم الأول.

ولذلك فإن هذه الدراسة ستتناول، أولاً: آثار الالتزام، فندرس فيه آثار الالتزام البسيط، ثم نعقبها بدراسة للالتزام في صورته المركبة نتيجة وصف من الأوصاف أو قيد من القيود. ثانياً: ندرس انتقال الالتزام سواء من ناحيته الايجابية، أي حوالة الحق أو من ناحيته السلبية، أي حوالة الدين. ثالثاً: ندرس الأسباب المختلفة لأنقضاء الالتزام.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة على النحو التالي:

القسم الأول: آثار الالتزام.

الباب: الأول: آثار الالتزام بوجه عام.

الباب الثاني: الأوصاف والقيود المعدلة لأثر الالتزام.

القسم الثاني: انتقال الالتزام.

الباب الأول: حوالة الحق.

الباب الثاني: حوالة الدين.

القسم الثالث: انقضاء الالتزام.

الباب الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء.

الباب الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

البالب الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء.

القسم الأول
آثار الالتزام

١ ـ أثر الالتزام هو وجوب تنفيذه:

إن أثر الالتزام، أياً كان مصدره، هو وجوب تنفيذه. مما لا شك فيه أن احترام الالتزامات أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية والاقتصادية وأنه لمن السهل تصور مدى ما يلحق هذه الحياة من اضطراب إذا ما تخلف المدينون فجأة عن الوفاء بالتزاماتهم. إن عدم تنفيذ الالتزام يعد انقطاعاً للتوازن الاقتصادي المؤسس على الثقة المشروعة في المعاملات والتي في نهاية الأمر قد انخدعت.

فإذا كان الالتزام رابطة قانونية بين شخصين، الدائن والمدين إلا أن عدم تنفيذه قد يمس الغير من قريب أو من بعيد، لما لعدم التنفيذ من صدى اجتماعي واقتصادي، فالحياة الاقتصادية والاجتماعية ما هي إلا سلسلة من الالتزامات متداخلة الحلقات.

والأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، أي يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، لأن هذا ما ينتظره الدائن ويرتب عليه شؤونه ولذلك نجد أن المبدأ هو أن «ينفذ الالتزام جبراً على المدين» فيجبر المدين، بعد أعذاره، على تنفيذه عيناً، متى كان ذلك ممكناً فإذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، أو إذا كان في هذا التنفيذ مساس بشخصه أو إرهاق له، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وبين الامكان والاستحالة رصد المشرع العديد من الوسائل التي تؤدي إلى إدراك التنفيذ العيني مباشرة دون تدخل شخصي من جانب المدين، أو التي تؤدي إلى حمل المدين نفسه على تنفيذ التزامه عيناً كما سوف نرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

وقد يقوم المدين بالتنفيذ العيني أو بمقابل طوعاً أو اختياراً أو قد لا يقوم بذلك، وهنا ندخل منطقة التنفيذ الجبري ووسائل التنفيذ الجبري متعددة. فقد يكون بوسيلة

التنفيذ القهري عن طريق السلطة العامة، كأن يجبر المدين على تسليم الأرض التي التزم بتسليمها للدائن قهراً، وقد يكون التنفيذ الجبري عن طريق الحجز على أموال المدين. وكل ذلك لا يصدق، بطبيعة الحال، إلا بالنسبة للالتزام المدني دون الالتزام الطبيعي. فما هو إذن حكم الالتزام الطبيعي؟

٢ ـ الالتزام الطبيعي:

إن السمة الواضحة للالتزام الطبيعي هو عدم جواز تنفيذه قهراً عن المدين . ولذلك يجب أن نقف على فكرة الالتزام الطبيعي، ثم نعرض بعد ذلك لنطاقه القانوني.

أولاً ـ فكرة الالتزام الطبيعي:

سنعرض باختصار لماهية هذا الالتزام وتطوره لنقف على الفرق بينه وبين الالتزام المدني.

(١) التعريف به: سبق أن رأينا أن جوهر الالتزام هو الرابطة القانونية، ومالية الأداء، ومسؤولية المدين عن تنفيذ التزامه في جميع أمواله. ولاستكمال بيان ماهية الالتزام يجب تحليل تلك الرابطة إلى عناصرها الأولية التي تتكون منها. وقد أثبتت الدراسات التاريخية أن فكرة الالتزام لم تنشأ إلا باجتماع عنصرين، هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. فالعنصر الأول، المديونية، تعبر عن الواجب الذي يفرض على الشخص القيام بأداء معين، سواء كان عملاً سلبياً أو إيجابياً، لمصلحة شخص آخر له حق تلقي هذا الأداء. وتنقضي المديونية بالوفاء الاختياري ولا تخول الدائن أية سلطة لقهر المدين على الوفاء. أما العنصر الثاني، المسؤولية، فمقتضاها يكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ دينه، أي رابطة المسؤولية هي التي تضمن للدائن حصوله على حقه، إذ أن جوهرها هو فكرة القهر والاجبار، فيكون للدائن أن يستأدي حقه قهراً[١].

وعلى ضوء هذا نستطيع أن نقول أن الالتزام المدني هو الالتزام الذي يتحقق فيه عنصراً المديونية والمسؤولية. ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، أي يمكن تنفيذه جبراً على المدين، وهذا هو الوضع العادي للالتزام[٢].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ٢٤، ٢٥.
(٢) أستاذنا الدكتور توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٥.

أما الالتزام الطبيعي فهو التزام ناقص[1]، أي لا يتضمن سوى عنصر واحد وهو عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية. ويترتب على ذلك أنه لا جبر في تنفيذه. لكن يترتب على توافر عنصر المديونية في الالتزام الطبيعي أن المدين يستطيع، استجابة لعنصر الواجب الذي يقع على عاتقه، أن يقوم بتنفيذه تنفيذاً اختيارياً، رغم علمه بأن القانون لا يجبره على هذا التنفيذ وفي هذه الحالة يعتبر الوفاء الذي يقوم به المدين بإرادته وفاءً صحيحاً، ولا يعد تبرعاً، ولا يستطيع أن يسترد ما أداه طالما أنه عالم بأنه يوفي بالتزام طبيعي. كما أن تعهد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعي ينشىء التزاماً مدنياً في ذمته. وهذا التعهد لا يعد تبرعاً بل يجد سببه في قصد الوفاء بالالتزام الطبيعي.

ويعتبر الالتزام الطبيعي مرتبة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الخلقي. فهو لا يرقى إلى منزلة الالتزامات المدنية كما أنه لا ينزل إلى درجة الواجبات الأخلاقية[2]. فهذه الالتزامات الطبيعية تعتبر في جوهرها واجبات خلقية ارتفعت في وعي الجماعة إلى مرتبة من القوة لا يجوز معها للقانون أن يتجاهلها[3]. ولهذا فإنه إذا كانت هذه الالتزامات لا سبيل للدائن إلى تنفيذها جبراً، إلا أنها مع ذلك تعتبر التزامات قائمة في ذمة المدين بها، وإن كان أمر تنفيذها متروكاً لإرادته[4]. فإذا أظهر المدين بها إرادته في أدائها، سواء بأن أداها فعلاً أو تعهد بأدائها، فهو لا يعتبر متبرعاً في نظر القانون. وذلك على عكس الحال بالنسبة للواجب الخلقي المجرد. فمساعدة جار تعتبر واجب خلقي لم يرق في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، فاعلها يؤدي واجباً عليه في نظر الأخلاق ولكنه متبرع في نظر القانون[5]. بينما التزام النفقة على الأقارب الذين لا يلزم الشخص بالانفاق عليهم قانوناً يعتبر التزاماً طبيعياً أمر الوفاء به متروك لأرادة المدين وحدها، ولا جبر في تنفيذه، إلا أنه متى تم تنفيذه لا يكون هذا التنفيذ تبرعاً

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit Civil., Les obligations, éd. Cujas, 1985, No. 721 p. 51.

(٢) قارن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، فقرة ٧٧٩ ص ٧٥١، أستاذنا الدكتور سمير تناغو، أحكام الالتزام، محاضرات لطلبة السنة الثانية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية العام الجامعي ٨٨/ ١٩٨٩.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٦، ص ٢٥٦.

(٤) انظر: عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة سيد عبدالله وهبة ١٩٧٣، فقرة ٣ ص ١١.

(٥) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٦، ص ٢٥٦.

بل هو وفاء لالتزام قائم في الذمة، ولم يكن في استطاعة المدين أن يسترد ما أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً[1].

(٢) تطوره التاريخي:

في القانون الروماني ظهرت فكرة الالتزام الطبيعي كوسيلة فنية للتخفيف من قسوة وجمود بعض أحكامه. لذلك كان يعترف بوجود التزامات طبيعية في بعض الحالات التي لا ينشأ فيها، وفقاً لأحكام القانون الروماني، التزام مدني نتيجة لتخلف شرط شكلي أو كأثر من آثار بعض الأنظمة القانونية، كنظام الرق والسلطة الأبوية، فمثلاً قيل بأنه ولو لم ينشأ التزام مدني من عقود الأرقاء والأبناء التي يعقدونها لصالحهم، إلا أنه ينشأ منها التزام طبيعي[2].

ثم انتقلت بعد ذلك فكرة الالتزام الطبيعي إلى القانون الكنسي، ثم إلى القانون الفرنسي القديم، ومنه إلى مجموعة نابليون.

بعد صدور مجموعة نابليون حرص الفقه الفرنسي على التفرقة بين القانون والأخلاق، وعمل على التقريب بين الألتزام الطبيعي والألتزام المدني، وباعد بينه وبين الواجب الخلقي.

وقد ظل الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر أميناً على هذا التصوير. وذلك بالنظر إلى الالتزام الطبيعي على أنه التزام مدني منحل أي التزام قانوني حالت عقبة قانونية دون نشوئه أو دون بقائه. وعلى هذا الأساس حصر الفقه حالات الالتزام الطبيعي في طائفتين؛ **الطائفة الأولى،** تشمل التزامات لم تستكمل الأركان أو الشروط التي استلزمها القانون لنشوئها كالتزامات مدنية، كما في حالة التزام ناقص الأهلية، والالتزام الناشىء من تصرف لم يستكمل الشكل القانوني (كهبة غير رسمية). فإن إبطال التصرف أو بطلانه في مثل هذه الحالات يحول دون نشوء الالتزام المدني، فلا يقع على عاتق المدين إلا التزام طبيعي. **الطائفة الثانية:** تشمل الالتزامات التي كانت في الأصل التزامات مدنية قرر القانون انقضاءها رغم أن الدائن لم يستوف حقه،

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣، ص ١١.

(٢) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤، ص ١١، السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨٠ ص ٧٥٣.

يتخلف وراءها التزامات طبيعية، ومثال ذلك حالة انقضاء الالتزام المدني بالتقادم فيخلف عنه التزام طبيعي.

فالالتزام الطبيعي في نظر هؤلاء الفقهاء ليس واجباً خلقياً يعترف له القانون بآثار معينة، وإنما هو واجب كان يتحتم عقلاً قهر المدين على تنفيذه لولا أن الشرع سلبه قوته العادية لاعتبارات خاصة[1].

غير أن القضاء الفرنسي لم يتقيد بهذه النظرة الضيقة للالتزام الطبيعي، وإنما ذهب إلى الاعتراف بالالتزام الطبيعي في كافة الحالات التي يرقى فيها الواجب الخلقي في وعي الجماعة إلى درجة معينة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهل ما يترتب عليه من آثار معينة. ولذلك لا يعتبر المدين متبرعاً إذا وفى به أو تعهد بأدائه في هذه الحالات.

وقد ساد هذا التصوير الحديث للالتزام الطبيعي وأخذ به المشرع المصري في التقنين المدني الحالي.

ثانياً ـ نظام الالتزام الطبيعي:

وندرس في هذا المجال نطاق الالتزام الطبيعي وآثاره.

(١) نطاق الالتزام الطبيعي:

وهنا يجب أن نعرض لحالاته، ثم بعد ذلك نتعرف على تطبيقاته.

(أ) حالاته: تنص المادة ٢٠٠ من التقنيين المدني على أنه «يقدر القاضي عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم بالتزام طبيعي يخالف النظام العام».

كما تقضي المادة الثالثة من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأن «القاضي عند إنتفاء النص، أن يفصل فيما إذا كان الواجب المعنوي يتكون منه موجب طبيعي أو لا. ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعي مخالفاً لقاعدة من قواعد الحق العام».

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٧ ص ٢٥٨، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤، ص ١٢.

يتضح من هذا النص أن حالات الالتزام الطبيعي ليست محددة على سبيل الحصر، وإنما أمر تقرير وجود الالتزام الطبيعي متروك للقاضي. وذلك لأن الالتزام الطبيعي واجب خلقي ارتقى في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهلها. ولذلك كانت صور الالتزام الطبيعي متغيرة بتغير الوعي الخلقي في الجماعة[1].

وعلى ضوء هذا المعيار يستطيع القاضي أن يقرر وجود التزام طبيعي من عدمه. كما أن المشرع أورد قيداً طبيعياً وهو عدم مخالفة الالتزام الطبيعي للنظام العام. ولنر كلاً من هذين القيدين:

القيد الأول: يمثل المعيار الذي يركن إليه القاضي في تقدير وجود التزام طبيعي من عدمه. هذا المعيار يتمثل في ضرورة أن يرقى الواجب الخلقي في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث يصبح الوفاء به ليس مجرد تبرع وإنما وفاء بواجب يمليه الضمير والشرف. وكما هو واضح فإن هذا المعيار يعد معياراً موضوعياً لا ذاتياً. بمعنى أنه لا يعتمد في تقدير وجود الالتزام الطبيعي على الضمير الخلقي للقاضي ذاته أو الاحساسات الذاتية للفرد وإنما على الوعي الخلقي للجماعة. وتطبيقاً لذلك أن من يحسن إلى جار فقير يعتبر متبرعاً ولو أعلن أنه لا يعتبر نفسه كذلك وإنما موفياً بالتزام طبيعي، بل ولو كان إعلانه هذا مطابقاً للحقيقة. بسبب ما يتميز به من إحساس مرهف[2]. وذلك لأن المعيار المعول عليه في هذا الصدد هو معيار موضوعي مجرد يعتد فيه بوعي الفرد العادي في المجتمع، لا معيار شخصي يختلف من فرد إلى آخر. بينما على العكس من ذلك نجد أن قيام الأب بتجهيز البنات عند الزواج يعتبر تنفيذاً لالتزام طبيعي لأنه استجابة لواجب خلقي تعارفت الجماعة على وجوب الوفاء به[3].

ولكن يجب ألا يفهم من ذلك أننا نتجاهل كلية وعي الفرد حيث أننا سوف نرى أن آثار الالتزام الطبيعي لا تترتب عليه إلا إذا شارك الفرد الجماعة شعورها بإلزامه.

القيد الثاني: عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام. وهذا القيد بديهي،

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٨، ص ٢٦٠ وعبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٣.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٨، ص ٢٦١.

(٣) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ص ١٤.

كان سيؤخذ به لو لم ينص عليه المشرع، لأن ذلك يعتبر مبدأ عاماً يهيمن على جميع الالتزامات في نشأتها[1]. وتطبيقاً لذلك لا يمكن أن يتخلف عن الالتزامات المدنية الباطلة لمخالفتها للنظام العام أو لعدم مشروعيتها التزامات طبيعية. فالوعد بتقديم مبلغ من المال لايجاد علاقات غير شرعية باطل، ولا يمكن أن يتخلف عنه التزام طبيعي، والاتفاق على ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال باطل، ولا ينشأ عنه التزام طبيعي.

(ب) تطبيقاته: اتضح لنا على ضوء ما تقدم أن تطبيقات الالتزام الطبيعي على سبيل المثال لا الحصر. ويمكن تصنيف هذه التطبيقات وفقاً لما جرى عليه الفقه، في طائفتين:

الطائفة الأولى: تشمل الالتزامات الطبيعية والمتخلفة من التزامات مدنية. كما هو شأن الالتزامات التي تسقط بالتقادم (م ٣٨٦/ ١ مدني مصر والمادة ٣٦١ موجبات وعقود)، أو تنقضي بتصالح المفلس مع دائنية، أو تزول بإبطال التصرف المنشىء لها لعدم توافر الأهلية اللازمة.

الطائفة الثانية: تمثل الالتزامات التي تنشأ من الأصل واجباً خلقياً، كالتزام الشخص بالانفاق على ذوي القربى ممن لا يلزمه نفقتهم قانوناً.

لكن يجب ألا يحجب هذا التقسيم عنا جوهر فكرة الالتزام الطبيعي، وهو أن الالتزام الطبيعي في كافة صوره يقوم على أساس واجب خلقي. ولذلك يمكن أن نصادف تطبيقات للالتزام الطبيعي في مجالات أخرى عديدة. فمثلاً يمكن أن نجد أن هناك التزامات طبيعية تستند إلى واجب الوفاء بالعهد ، ومنها ما يستند إلى واجب عدم الأضرار بالغير ، ومنها ما يستند إلى واجب عدم الأثراء على حساب الغير ، ومنها ما يستند إلى واجب الاعتراف بالجميل، ومنها ما يستند إلى واجب المساعدة[2].

---

(١) أنظر في مصادر الالتزام الطبيعي أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ١٩٩٠ ص ٢٨٥، ٢٨٦.

(٢) أنظر في تفصيل أكثر إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٩ ص ٢٦٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧ ص ١٧.

(٢) آثار الالتزام الطبيعي[١]:

إذا كان من أهم ما يميز الالتزام الطبيعي أنه لا ينطوي على عنصر المسؤولية، بحيث لا يمكن قهر المدين على تنفيذه، إلا أن هذا الالتزام ليس عديماً من كل أثر، بل هناك آثار إيجابية وآثار سلبية تترتب على وجوده في ذمة المدين.

(أ) آثاره الايجابية: هناك أثران إيجابيان للالتزام الطبيعي:

أولا: الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يعد وفاء بدين مستحق في الذمة وليس تبرعاً. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يسترد ما وفـاه، كما أن الوفاء به لا يخضع لأحكام التبرعات، سواء من حيث الشكل أو الموضوع ولا يجوز الرجوع فيه، ولا تجرى عليه أحكام الوصية إذا ما تم في مرض الموت[٢].

ولذلك تقضي المادة ٢٠١ من التقنيين المدني المصري بأن «لا يسترد المـديـن ما أداه باختياره، قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً» وكذلك تقضي المادة الرابعة من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأن « ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعي لا يصح استرداده ولا يعد متبرعاً بل يكون له شأن الايفاء».

على أنه يشترط لاعتبار أداء الالتزام الطبيعي وفاء بدين لا تبرعاً شرطان: **الأول**: أن تكون إرادة المدين خالية من العيوب. وعلى ذلك إذا كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الارادة، كإكراه أو غلط، أو تدليس مثلاً، جاز للمدين أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد ما دفع بغير حق. **والشرط الثاني**: أن يكون المدين قد قصد الوفاء بالتزام طبيعي عليه لا التبرع بما أدى، أي أن يكون الواجب الخلقي الذي يسند الالتزام الطبيعي في وعي الجماعة قد بلغ هذا الشأن في وعي المدين كذلك[٣] وعلى ذلك إذا تخلف هذا الشرط بشقيه فإن الأداء الذي قام به المدين يعد تبرعاً لا وفاءً.

هذا ويلاحظ أن هذا الأثر ليس مطلقاً، فهو من ناحية، قاصر فقط على طرفيه

---

(١) أنظر في تأصيل قانوني آخر لآثار الالتزام الطبيعي، أستاذنا الدكتور جلال العدوي، أصول الالتزامات، الجزء الثاني، رابطة الالتزام ١٩٨٧، ص ٤٢ وما بعدها، وقارن أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢١، ص ٢٦٦، أستاذنا الدكتور أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٦٤ ـ ١٩٦٥، فقرة ١٥٢، ص ١٢٥.

(٣) أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٢، ص ١٢٦.

ولا يتعداهما إلى باقي الدائنين، حيث أن هذا الوفاء يأخذ حكم التبرع بالنسبة لهم، بمعنى أنه إذا كان المدين الذي وفى بالتزام طبيعي معسراً، جاز للدائنين بالتزامات مدنية أن يطعنوا في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية ولو كان كل من المدين والدائن بالتزام طبيعي حسن النية[1]. ومن ناحية أخرى أن هذا الوفاء لا يحيل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني ـ ولذلك لا يستطيع الموفى إليه أن يرجع على الموفى بدعوى ضمان الاستحقاق إذا ثبت أن الشيء الموفى به مملوكاً للغير. كما أن الوفاء الجزئي، أي بجزء من الدين الطبيعي لا يسوغ للدائن مطالبة المدين بتكملة الوفاء[2].

ثانياً: صلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لانشاء التزام مدني ويتحقق ذلك إذا رغب المدين في الوفاء بالتزام طبيعي عليه دون استطاعته ذلك في الحال فيقتصر على التعهد بالوفاء به ويكون سبب الالتزام المدني في هذه الحالة هو قصد الوفاء بالتزام طبيعي (م ٢٠٢ مدني). هذا التعهد وما يترتب عليه من نشوء الالتزام المدني يتم بإرادة المدين وحده ودون حاجة إلى قبول الدائن، ولذلك يكون لدائني هذا الأخير أن يوقعوا الحجز تحت يد المدين.

وأساس تحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني هو اتجاه إرادة المدين لذلك، ولهذا يجب التثبت من أن هذه الإرادة اتجهت حقيقة إلى أحداث هذه النتيجة. وعلى ذلك لا ينشأ الالتزام المدني إذا اقتصر المدين على مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته. واستخلاص قصد الوفاء بالتزام طبيعي لدى المدين يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، أما وجوب توافره فيعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض[3].

وعلى ذلك فالتعهد بوفاء الالتزام الطبيعي ـ كوفائه ـ يعتبر من قبيل أعمال المعاوضة لا التبرع، وذلك أن للتعهد سبباً كما قلنا وهو الالتزام الطبيعي. ويترتب على ذلك خضوع هذا التعهد من حيث الشكل والموضوع لأحكام المعاوضات دون

---

(١) أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٢، ص ١٢٥.

(٢) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٩ ص ١٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢١، ص ٢٦٦.

(٣) أنظر: أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٣، ص ١٢٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٢، ص ٢٦٨.

التبرعات[1] لكن يجب أن نلاحظ أن صفة التبرع لا تنتفي عن تعهد المدين إلا إذا كان قد قصد به الوفاء بالتزام طبيعي، فإذا كان المدين لم ير أنه ملزم بالتزام طبيعي فتعهد بما تعهد به يحدوه نية التبرع، وجب أن نطبق في هذه الحالة أحكام التبرعات[2].

في النهاية يجب أن نشدد على حقيقة هامة وهي أنه لا يكفي لكي يقرر القاضي وجود التزام طبيعي أن يتحقق من أن الواجب الخلقي قد ارتقى في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهل ترتيبه لآثار معينة، بل يجب لكي يرتب الالتزام الطبيعي أثراً قانونياً، أن يتحقق القاضي أيضاً من قيامه في وعي الفرد، وذلك بأن يشارك الفرد الجماعة في شعورها بإلزامه.

(ب) **آثاره السلبية**: إذا كانت الآثار الايجابية للالتزام الطبيعي تنحصر في أن الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يعد وفاء لدين مستحق في الذمة وليس تبرعاً، وصلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لانشاء التزام مدني، إلا أن هناك آثاراً سلبية تترتب على طبيعة الالتزام الطبيعي نجملها فيما يلي:

أولاً: لا يجوز تنفيذ الالتزام الطبيعي قهراً عن المدين، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر. فلا يجوز التمسك بالحق في الحبس لحمل المدين على الوفاء بالتزام طبيعي. كما لا يجوز لمن كان دائناً بالتزام طبيعي ومديناً بالتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الالتزامين ذلك لأن المقاصة نوع من الوفاء القهري. كما أن من شروط المقاصة أن يكون الدينان متساويين في القوة. ولذلك تقضي المادة الخامسة موجبات وعقود بأن «لا يسقط الموجب الطبيعي بحكم المقاصة».

على العكس من ذلك يجوز لمن كان مديناً بالتزام طبيعي ودائناً في نفس الوقت بالتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة، إذ القصاص في هذه الصورة لا يكون بمنزلة الوفاء اختيارياً. وهذه مقاصة اختيارية لا قانونية. ولذلك لا ينقضي الدينان من وقت تلاقيهما، كما هو الحال في المقاصة القانونية، وإنما من وقت التمسك بالمقاصة[3].

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ٢٠، السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨١ ص ٧٦٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٢، ص ٢٦٧، ٢٦٨.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٣، ص ٢٦٨، ٢٦٩، وانظر أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

ثانياً: لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية لأنه طبقاً لمبدأ التبعية الذي يهيمن على أحكام الكفالة أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد أو أقسى من الالتزام المكفول، ولكن يجوز أن يكون أهون منه (قارن نص المادة ٧٨٠ مدني) وفي حالة كفالة الالتزام الطبيعي سيكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً، بينما التزام المدين التزام طبيعي، وبذلك يكون الالتزام التابع أقوى أثراً من الالتزام الأصيل وهذا غير مقبول. أما إذا قام المدين بالتزام طبيعي بتقديم الكفيل لضمان الوفاء بالتزامه، فإن هذا ينطوي على تعهد ضمني بالوفاء ويتحول به الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، فتصبح الكفالة بوصفها كفالة لالتزام مدني. وما يسري على الكفالة يسري على الرهن الذي يقدمه المدين ضماناً لالتزامه الطبيعي.

وقد جاءت نصوص قانون الموجبات والعقود اللبناني قاطعة وصريحة في ذلك فتنص المادة السابعة منه بأنه «لا يجوز تأمين الدين الطبيعي بكفالة شخصية أو يرهن ما دام ديناً طبيعياً» كما أن المادة الثامنة منه تقضي بأن «العهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعي تخضع من حيث الشكل والأساس لأحكام العقود ذات العوض.

وقد نصت المادة السادسة منه على أن «الاعتراف بموجب طبيعي ولو صريحاً لا يكون من شأنه أن يحوله إلى موجب مدني، ومثل هذا التحويل لا يمكنه أن ينشأ إلا عن غير تجديد التعاقد».

٢ ـ خطة الدراسة:

في هذا القسم ندرس أثر الالتزام بوجه عام، سواء من حيث تنفيذه أو الوسائل العامة لضمان هذا التنفيذ. وهذا يصدق على الالتزام في صورته العادية أو البسيطة أي الذي لم يلحق به وصف أي الالتزام الذي تنحصر العلاقة فيه بين شخصين فقط، دائن ومدين، ويكون له محل واحد لا يلزم المدين بسواه، ولا يكون له أداء شيء بدلاً منه. لكن إلى جانب هذه الصورة البسيطة للالتزام توجد صورة أخرى كالالتزام الموصوف أو المركب ففي الالتزام الموصوف يلحق بالالتزام وصفاً أو قيداً يؤثر تأثيراً مباشراً على ترتيب الالتزام لآثاره، كأن يضع للالتزام إطاراً زمنياً ينتهي أثر الالتزام بانتهائه أو يبدأ عند حلوله، أو أن يعلق وجود الالتزام أو زواله على أمر غير محقق الوقوع، مما يجعل تنفيذ هذا الالتزام أمراً غير مؤكد. وفي الالتزام المركب تتعدد أطراف أو محل

الالتزام مما يؤدي إلى تعديل عميق في الآثار العادية للالتزام.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة في هذا القسم على النحو التالي:

الباب الأول: أثر الالتزام بوجه عام.

الفصل الأول: تنفيذ الالتزام.

الفصل الثاني: الوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام.

الباب الثاني: الأوصاف أو القيود المعدلة لأثر الالتزام.

الفصل الأول: الشرط والأجل.

الفصل الثاني: تعدد محل الالتزام.

الفصل الثالث: تعدد طرفي الالتزام.

الباب الأول

أثر الالتزام بوجه عام

من الناحية الاقتصادية، يبين هذا الباب الأساس الذي يرتكز عليه التنظيم القانوني الذي يعمل من خلاله الائتمان، كما أن النظم القانونية المختلفة التي يتضمنها هذا الباب تفسر لنا بوضوح كيف يعمل النشاط الاقتصادي والمالي في المجتمع بصفة عامة.

من الناحية الفنية، يمثل هذا الباب الاطار العام الذي يعمل من خلاله الالتزام، أياً كان مصدره، وأياً كانت صورته العملية. ففي هذا الباب ندرس تنفيذ الالتزام، سواء من حيث أنواع هذا التنفيذ وكيفية هذا التنفيذ ووسائله، ثم نعرض بعد ذلك للوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام، فندرس حق الضمان العام للدائنين، ووسائل حماية وضمان الدائن.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة في هذا الباب كالآتي:

الفصل الأول: تنفيذ الالتزام.

الفرع الأول: التنفيذ العيني.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل.

الفصل الثاني: الوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام.

المبحث الأول: حق الضمان العام للدائنين.

المبحث الثاني: وسائل الحماية والضمان المقررة للدائن.



الفصل الأول

تنفيذ الالتزام

دراسة تنفيذ الالتزام تقتضي منا التعرض للأنواع المختلفة لهذا التنفيذ، والتركيز بصفة خاصة على الأهمية الأقتصادية للتنفيذ الاختياري.

١ ـ التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل ـ التنفيذ العيني هو الأصل:

إن القوانين المدنية الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام تنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب. فنظرة فاحصة إلى القوانين المدنية الحديثة نجد أن الشغل الشاغل للشارع هو العمل على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما في ذلك من أهمية قصوى للائتمان.

وما تهدف إليك هذه القوانين في الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، أي يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، لأن الدائن عند إبرامه عقداً من العقود مثلاً يهدف إلى شيء معين وينتظر أداء محدداً يرتب كل شؤونه عليه. ولذلك نجد أن المشرع ينص في المادة ١/٢٠٣ من التقنين المدني عى أن «يجبر المدين بعد إعذاره... على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً» ويؤكد المشرع هذا المعنى بنصه في المادة ٢١٥ مدني على أنه: «إذا استحال عن المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه...».

كما تنص المادة ٢٤٩ موجبات وعقود لبناني بأنه «يجب على قدر المستطاع أن توفي الموجبات عيناً إذ أن للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء الموجب بالذات» وكذلك تنص المادة ٢٥٢ موجبات على أنه «إذا لم ينفذ الموجب بأداء العين تماماً كما لاحق

للدائن أنه يأخذ عوضاً يقوم مقام تنفيذ الموجب عيناً لعدم حصوله على الأفضل. . .».

نخلص من كل هذه النصوص أنه طالما أن التنفيذ العيني ممكن فإن المدين يجبر على هذا التنفيذ، ولا يلجأ القاضي إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني. وهذا واضح من المذكرة الايضاحة للقانون المدني المصري، حيث تقول: «إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الامكان فمن حق الدائن أن يستأديه ومن حق المدين أن يعرض القيام به، وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضي المتعاقدين. ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييـري أو التزام بدلي، فهو ليس موكولاً للتخيير، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأي من المتعاقدين سواء في ذلك المدين أو الدائن. فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء. وهو ليس بالبديل لأن المدين لا يملك العوض النقدي ما بقي الوفاء العيني ممكناً»[1].

فالتنفيذ العيني هو الذي يتفق أكثر مع حقيقة الالتزام، وهو الذي يتفق أيضاً مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة. ذلك لأن التنفيذ عن طريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية، لا تعطي إلا إشباعاً نسبياً للدائن، ولا يهدف في النهاية إلا إلى أن يعيد التوازن النسبي لذمة الدائن، ولذلك فهو ليس كافياً ولا وافياً **أولاً**: لأنه لا يضع في الاعتبار إلا مصلحة الدائن الخاصة بإعطائه تعويضاً، بالرغم من الآثار الممتدة لعدم التنفيذ في الحياة القانونية. **ثانياً**: أنه لا يمكن أن يحكم على المدين بالتعويض إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه (م ٢١٥ مدني مصري). **ثالثاً**: أنه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فإن مقدار التعويض الممنوح للدائن يمكن أن ينقص أو أن يلغى نهائياً نتيجة للشروط المحددة للتعويض بحد أقصى (م ٢٢٣ مدني ـ م ٢٢٥ مدني)، أو للشروط المعفية من المسؤولية (م ٢/٢١٧ مدني) يضاف إلى ذلك أن المشرع قد يتدخل في بعض الأحيان ليحدد متى تنعقد أو لا تنعقد المسؤولية ويحدد قيمة التعويض. **رابعاً**: أن المادة ٢/٢٢١ مدني تقصر نطاق التعويض بصدد الالتزام العقدي على الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم. **خامساً**: يجب ألا ننسى أن في منح القاضي تعويضاً للدائن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٥١٠.

عند عدم التنفيذ لا يفعل أكثر من تحويل حقه إلى دين محله مبلغ ن النقود، وما يتضمنه ذلك من مخاطر أعسار الدين ومزاحمة باقي الدائنين له.

٢ ـ التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري:

التنفيذ الاختياري يكون بوفاء المدين بما التزم به فإذا كان قد التزم بإعطاء شيء فيكون الوفاء بتسليم هذا الشيء والمحافظة عليه حتى تمام التسليم (م ٢٠٦ مدني) وإذا كان قد التزم بعمل فيكون الوفاء بالقيام بهذا العمل. وإذا كان قد التزم بالامتناع عن عمل فيكون الوفاء باحترام هذا الالتزام وعدم إتيان ما من شأنه مخالفته[١].

ويعد التنفيذ الاختياري استجابة لعنصر المديونية في الالتزام. والتنفيذ الاختياري للالتزام هو الوفاء بالالتزام وقد كان المنطق يقتضي أن ندرس التنفيذ الاختياري، الوفاء، قبل التنفيذ الجبري. ومع ذلك نحن لا نميل إلى هذا الاتجاه وذلك لسببين: **الأول**: علمي، وهو أن الفقه في مجموعة جرى على دراسة الوفاء من بين أسباب انقضاء الالتزام سيراً على المنهج الذي اتبعه المشرع المصري في هذا الصدد. **الثاني**: عملي، وهو ما لمسناه من خلال تجربتنا العملية في تدريس مادة أحكام الالتزام، من أن ابتداء هذه الدراسة بدراسة الوفاء يعد أمراً صعباً على طلاب السنة الثانية، وذلك لما تتسم به أحكام الوفاء من تفصيلات دقيقة، وتجريد وعمومية، مما يصعب على هؤلاء الطلاب استيعابها بسهولة في بداية الدراسة.

أما بالنسبة للتنفيذ الجبري، فإنه يكون، كقاعدة عامة، بعين ما التزم به المدين وبالشروط التي نشأ بها التزامه، أي يكون تنفيذاً عينياً. لكن في بعض الأحيان قد يستحيل التنفيذ العيني للالتزام أو يكون فيه مساساً بشخص المدين أو مرهقاً له. ففي هذه الأحوال يقتصر الدائن على الحصول على مقابل لما التزم به المدين، فيسمى التنفيذ بمقابل أو تنفيذاً بطريق التعويض. هذا التعويض، أما أن يكون تعويضاً عن عدم التنفيذ أو تعويضاً عن التأخير في هذا التنفيذ.

التنفيذ الجبري، عيناً كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه ـ وهذه الأموال هي الضامنة للوفاء بالتزاماته وهذا ما يسمى بالضمان العام.

والقاعدة أن التنفيذ الجبري يتم، كقاعدة عامة، عن طريق السلطة العامة، من

---

(١) أنظر أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ ص ١٣٠.

خلال ممثل لها وهو المحضر. هذا المحضر يقوم بالتنفيذ تحت إشراف القضاء. فالدائن ليس له أن يقوم بالتنفيذ بنفسه، حيث أن القاعدة في القوانين الحديثة أنه لا يجوز للشخص أن يستأدي حقه بنفسه.

ومما هو جدير بالذكر أن الدائن لا يستطيع أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري بواسطة المحضر إلا إذا كان حقه محقق الوجود، أي غير متنازع فيه منازعة جدية، ومعلوم المقدار، وحال الأداء، وثابتاً في سند تنفيذي.

٣ ـ الأهمية الاقتصادية للتنفيذ الاختياري:

إن الأثر العادي والمباشر للالتزام هو تنفيذه تنفيذاً اختيارياً. فتنفيذ الالتزام من جانب المدين، هو النهاية الطبيعية المنتظرة من جانب الدائن.

ففي نطاق الالتزامات التعاقدية، والتي تشكل أساس النشاط الاقتصادي في أي مجتمع، نجد أن الدائن في لحظة ارتباطه بالمدين لم يكن يدور بخلده عدم تنفيذ المدين لالتزامه وإلا لما كان تعاقد معه أصلاً. وإنما يقدم الدائن على التعاقد وفي ذهنه أن تنفيذ الالتزام من جانب المدين أمراً مفترضاً، ولذلك يقوم بترتيب شؤونه على هذا الأساس.

وفي مجال من أهم المجالات، وهو الائتمان، نجد أنه عندما يمنح الدائن إئتمانه للمدين لا يمنحه بسبب وجود جزاءات فعالة عند عدم التنفيذ وإنما يمنحه أساساً لثقته في تنفيذ مدينة لالتزاماته.

بلا شك نستطيع أن نقول أن الحق لا يوجد إلا من خلال جزاء يعمل على حمايته. فهذا الجزاء هو الذي يعطي للحق قوته. لكن نحن نعلم أيضاً أنه ليس الجزاء وحده. الذي يدفع الدائن إلى منح الائتمان، بل أن الجزاء يمكن أن يكون مصدر إعاقة للائتمان. ويصبح الجزاء كذلك عندما يتسم بالشـدة المبالغ فيها بحيث يؤدي إلى اضطراب في نشاط المدين أو حياته الخاصة، أو عندما يتسم بالتجاوز أو عدم التناسب مع قيمة الدين، أو عندما يكون غير ملائم لشخص المدين أو للطائفة التي ينتمي إليها هذا المدين.

ولذلك فإنه لا ينبغي الاعتقاد بأن الجزاء مهما كانت قسوته والحقوق والوسائل المتعلقة بذمة المدين مهما كان نطاقها يمكن أن تكفي لحفز الدائن من الناحية القانونية

على منح ائتمانه للمدين. إذ أنه يوجد بالنسبة له، علاوة على ذلك، التنفيذ العيني أو المباشر، حيث توجد قيمة العقد في ذاته هذه الثقة في أن العقد ليس مجرد كلمة عديمة الجدوى، ولكن تطبيقاً للقوانين المعترف بمصداقيتها، وأن الاتفاق الارادي له قوة ملزمة في ذاته، وأن المدين لا يستطيع أن يتنصل من هذا الاتفاق. فالانطباع لدى الأطراف بأنهم هم الذين ينشئون القانون الذي يحكم علاقاتهم يعتبر أحد العوامل الأساسية لمنح الائتمان[1].

الفرع الأول: التنفيذ العيني

القاعدة أن المدين يجبر، بعد أعذاره، على تنفيذ التزامه، متى كان ذلك ممكناً. وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن ندرس أولاً: شروط التنفيذ العيني، وثانياً: كيفية التنفيذ العيني.

المبحث الأول: شروط التنفيذ العيني

تنص المادة ٢٠٢ من التقنين المدني على أنه «١ ـ يجبر المدين بعد أعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكنا. ٢ ـ على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً». (أنظر المادة ٢٤٩ موجباب وعقود).

على ضوء هذا النص نستطيع أن تستخلص أنه يشترط في التنفيذ العيني، إلى جانب مطالبة الدائن به، وإعذار المدين على النحو الذي سنبينه فيما بعد، ثلاثة شروط: الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً. الثاني: ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين. والثالث: ألا يكون في إجبار المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية.

أولاً ـ أن يكون التنفيذ العيني ممكناً: ويقصد بذلك ألا يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً. فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً امتنع الحكم على المدين بالتنفيذ العيني. واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى فعل المدين، وقد ترجع إلى سبب أجنبي. فإذا كانت الاستحالة بفعل المدين فأنه لم يعد أمام الدائن إلا المطالبة بتنفيذ الالتزام بطريق

(١) أنظر مؤلفنا: نحو قانون خاص بالإئتمان، منشأة المعارف ١٩٩٠.

التعويض. أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضي دون أن يلزم المدين بدفع شيء.

وإمكان التنفيذ العيني يرجع إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ[1]. ففي الالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر التنفيذ العيني ممكناً دائماً. فإعسار المدين لا يمكن أن يعتبر من قبيل استحالة التنفيذ العيني، لأنه لا يكفي لإعتبار تنفيذ الالتزام مستحيلاً أن يكون من الصعب استيفاؤه لإعسار قد يعقبه يسار. لذلك لا يتصور بصدد هذا الالتزام إلا التنفيذ العيني وبالتالي لا يتصور فيه التعويض عن عدم التنفيذ، خصوصاً وأن القاعدة في التعويض أن يكون بمبلغ من النقود. وإنما يكون التعويض في هذا الالتزام عن التأخير فحسب.

أما في غير الالتزام بدفع مبلغ من النقود فأنه من المتصور أن يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بفعل المدين[2] ومع ذلك فأنه بصدد هذه الالتزامات نجد أن المشرع قد رصد، في بعض الأحوال، من الوسائل القانونية ما يسمح بإدراك التنفيذ العيني على النحو الذي سوف نراه عند الحديث عن موضوع التنفيذ العيني[3].

ثانياً ـ ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين؛

قد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلاً ولكن فيه إرهاقاً للمدين بحيث يترتب على إجباره عليه ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق الدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً. وهذا الشرط يعد نموذجاً للموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن، وإن كان المشرع في النهاية قد غلب مصلحة الدائن، كما هو الشأن في الغالب في نطاق الائتمان المدني. فقد أجاز المشرع للمدين أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ولكن ذلك مشروط بأن يكون في هذا العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض إلحاق ضرر جسيم بالدائن. فإذا كان الأمر كذلك وجب الرجوع إلى الأصل وهو التنفيذ العيني، حتى ولو كان مرهقاً للمدين، لأنه إذا كان

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨٥، ص ٧٦٤.

(٢) أنظر في تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧ ص ١١ وعبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٢٨، أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٧ ص ١٤٣.

(٣) أنظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨٥، ص ٧٦٤.

الخيار في هذه الحالة بين إرهاق المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً، فإن القاضي يرجح الأولى عن الثانية لأن الدائن أولى بالرعاية، حيث أنه لا يطالب إلا بحقه وبدون تعسف من جانبه. ولذلك يمكن الأخذ بهذا الشرط في القانون اللبناني بالرغم من عدم النص عليه صراحة كما فعل التقنيين المدني المصري.

ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. ومن التطبيقات التشريعية ما تقضي به المادة ١٠١٨ مدني من أنه عند مخالفة قيود البناء يجوز المطالبة بإصلاحها عيناً، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك[1].

ثالثاً ـ ألا يكون في إجبار المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية:

وقد لا يكون التنفيذ بالعيني مستحيلاً أو مرهقاً، ولكنه يقتضي تدخل المدين شخصياً، ويصر المدين على عدم التنفيذ. في هذه الحالة يكون في جبر المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية عندئذ يمتنع التنفيذ العيني الجبري ويقتصر الدائن على طلب التعويض لأن القهر، في مثل هذه الحالة، يكون غير منتج. ومثال ذلك التزام الفنان أو الطبيب أو المدرس الخاص.

على أنه يلاحظ بأنه إذا كان لا يجوز في مثل هذه الأحوال قهر المدين بطريق مباشر على الوفاء، إلا أن المشرع قد هيأ للدائن وسيلة غير مباشرة لحث المدين شخصياً على القيام بالتنفيذ العيني وهي وسيلة الغرامة التهديدية، فإن لم تفلح هذه الوسيلة فلا سبيل إلا التعويض يحكم به القاضي مراعياً فيه الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

المبحث الثاني: كيفية التنفيذ العيني

التنفيذ العيني للالتزام يتوقف على طبيعة محله. ولذلك يجب أن نعرض أولاً لموضوع التنفيذ العيني، فإذا ما انتهينا من ذلك يجب أن نتعرف على وسائل التنفيذ العيـني، أي الوسائل التي رصدها المشرع لحمل المدين على التنفيذ العيني.

---

(١) أنظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨٧، ص ٧٦٦.

المطلب الأول: موضوع التنفيذ العيني

التنفيذ العيني هو تنفيذ المدين عين ما التزم به. وعلى ذلك فلمعرفة موضوع التنفيذ العيني وكيفية القيام به لا بد من الرجوع إلى محل الالتزام، وذلك لمعرفة ما يجب أن يقوم به المدين.

وتنقسم الالتزامات من حيث محلها إلى أنواع ثلاثة: ١ ـ الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه (الالتزام بإعطاء) ٢ ـ الالتزام بعمل. ٣ ـ الالتزام بامتناع عن عمل.

أولاً ـ الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه (الالتزام بإعطاء): تتوقف كيفية التنفيذ العيني للالتزام بإعطاء على نوع المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام. ولذلك يختلف تنفيذ هذا الالتزام باختلاف ما إذا كان الشيء محل التزام منقولاً أو عقاراً:

١ ـ فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام بإعطاء منقولاً، وكان معنياً بالذات ومملوكاً للمدين، اعتبر الالتزام منفذاً بمجرد نشوئه، وبقوة القانون. فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات من البائع الذي كان مالكاً له إلى المشتري مثلاً بمجرد العقد. وكذلك الحال بالنسبة لكافة الحقوق العينية الأخرى. ولا يشترط القانون أي شرط خاص لانتقال الملكية أو الحق العيني، فيعتبر المشتري مالكاً للمبيع بمجرد العقد ولو لم يكن قد استلمه بعد من البائع (م ٢٠٤ مدني)[1]. وكذلك تنص المادة ٤٧ موجبات وعقود بأن «موجب الأداء ينقل حتماً حق ملكية الشيء إذا كان من الأعيان المعينة المنقولة».

أما بالنسبة لالتزام المدين بتسليم المنقول، فإنه التزام بعمل، يمكن تنفيذه بعد ذلك جبراً على المدين. ذلك أن الالتزام بإعطاء يتضمن دائماً التزام المدين بالمحافظة على الشيء وبتسليمه (م ٢٠٦ مدني). وكذلك تنص المادة ٤٩ موجبات وعقود على أن «يتضمن أيضاً موجب الأداء وجوب تسليم الشيء والمحافظة عليه إلى حين تسليمه إذا كان من الأعيان المعينة».

---

(١) ولا يغير من هذا الحكم أن البائع قد يبيع المنقول مرة ثانية إلى مشتر ثان يتسلمه وهو حسن النية فتنتقل إليه الملكية بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز (م ٩٧٦ مدني) وذلك لأنه ليس معنى هذا أن الملكية لم تنتقل إلى المشتري الأول نتيجة لعدم تسلمه المبيع، وإنما انتقلت الملكية إليه بمجرد العقد ما دام المبيع منقولاً معيناً بذاته، أما المشتري الثاني، فلم يتلق الملكية من البائع بمقتضى البيع الثاني، إذ أنها قد زالت من البائع بمقتضى البيع الأول، بل يرجع سبب اكتسابه الملكية إلى واقعة الحيازة المستندة إلى سبب صحيح والمقترنة بحسن النية.

أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع، كبيع كذا كمية من الغلال، فإن الحق العيني لا ينتقل إلا بإفراز الشيء ولو قبل التسليم. ذلك أن الحق العيني سلطة ترد مباشرة على الشيء. فلكي توجد هذه السلطة يجب أن يكون محلها محدداً بالذات، ولا يتم هذا التحديد أو التعيين بالذات إلا بعملية الافراز. فلو أن شخصاً باع لآخر خمسين أردباً من القمح، وجب إفراز الكمية حتى يتعين المبيع، وبمجرد الافراز تنتقل الملكية إلى المشتري ولو قبل التسليم.

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بإفراز بالشيء، جاز للدائن أن يطالبه بالتنفيذ عيناً أو تعويضاً. والتنفيذ العيني يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته من الأسواق عن نفقة المدين، بعد استئذان القضاء أو دون إستئذانه في حالة الاستعجال. وللدائن كذلك أن يطالب المدين بقيمة الشيء، فيكون التنفيذ في هذه الحالة بطريق التعويض، وليس أساسه أن التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلاً، وإنما مرجعه أن الدائن قد ارتضاه ولم يمانع فيه المدين ما دام هذا لم يعرض التنفيذ العيني. وفي الحالتين يكون للدائن أن يقتضي فوق ذلك تعويضاً عما أصابه من ضرر من جراء التأخير في التنفيذ (م ٢٠٥/ ٢ مدني)[١].

٢ ـ إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام بإعطاء عقاراً، كدار أو أرض محددة، فلا يكفي أن يكون العقار معيناً بالذات حتى ينتقل الحق العيني الأصلي إلى الدائن، وإنما يلزم القيام بإجراء معين لنقل الحق العيني الأصلي على هذا العقار، وهذا الاجراء هو الشهر أو العلانية عن طريق تسجيل التصرف المنشىء له في سجلات الشهر العقاري. وعلى ذلك فعقد البيع الوارد على عقار لا ينقل الملكية بذاته وبمجرد نشوء الالتزام، بل يقتصر على إنشاء التزام على البائع بنقلها. هذا الالتزام يمكن تنفيذه تنفيذاً عينياً جبراً على البائع. فإذا امتنع البائع عن القيام باجراءات التسجيل مع المشتري لنقل الملكية إليه، فإن المشتري يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ويطلب التنفيذ العيني للالتزام

---

(١) أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٧٢، ص ١٤٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩ ص ١٧. وتنص المادة ٢٥٠ موجبات وعقود على أن «ولا تراعي هذه القاعدة (التنفيذ العيني) في موجبات الأداء فقط بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً. ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن يتخذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجرى خلافاً لموجب الامتناع، وذلك على حساب المديون».

جبراً على البائع، ووسيلته إلى ذلك دعوى صحة ونفاذ عقد البيع. فإذا صدر الحكم فيها بصحة عقد البيع ونفاذه يستطيع المشتري أن يسجل هذا الحكم، فتنتقل إليه الملكية، وبذلك يقوم تسجيل الحكم مقام تسجيل العقد ذاته، وبذلك يتم التنفيذ العيني قهراً على المدين. لكن في القانون اللبناني تنص المادة ٣٩٣ موجبات وعقود على أن «بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري» (م ١١من القرار رقم ١٨٨ سنة ١٩٢٦).

ويلاحظ بأنه بالنسبة للحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي العقاري وغيرهما، فلا يشترط الشهر لنشوئها فيما بين المتعاقدين في القانون المصري. غير أنه لا يحتج بحق في مواجهة الغير إلا إذا أشهر بطريق القيد. وحيث أن الحق العيني التبعي لا تظهر فائدته للدائن إلا بالاحتجاج به على الغير، أي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، بما له من الأفضلية، والمتصرف إليه بما له من حق التتبع. لذلك فإن التزام المدين بإنشاء حق رهن لدائنه يبقى غير نافذ إلى أن يتم القيد.

ثانياً ـ الالتزام بعمل : أياً كان مضمون الالتزام بعمل سواء كان التزاماً ببذل عناية أو التزاماً بتحقيق نتيجة ، فأن تنفيذ هذا الالتزام يقتضي صدور عمل إيجابي من المدين لذلك إذا لم يقم به المدين فإنه قد يتعذر ، في بعض الأحوال ، الحصول على التنفيذ العيني جبراً عليه، لما في هذا التنفيذ من مساس بحريته الشخصية. وللوقوف على كيفية التنفيذ العيني للالتزام بعمل فإنه يجب التمييز بين فروض ثلاثة:

الفرض الأول: إذا كان يمكن تنفيذ الالتزام عيناً دون تدخل شخصي من جانب المدين. وفي هذا الفرض إذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العيني كافياً حتى ولو قام به غير المدين، وامتنع المدين عن التنفيذ استطاع الدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين بعد استئذان القضاء، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال. ومثال ذلك تعهد مقاول ببناء منزل أو شق مصرف، أو التزام المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية. فبالنسبة للدائن لا أهمية لشخص من يقوم بالبناء أو الترميم. لذلك يجوز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة

المدين ، بل ويجوز للدائن في حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدني، م ٢٥٠ موجبات وعقود) من ذلك ما إذا ترتب على عدم قيام المؤجر بالترميمات الضرورية أن انفجرت مواسير المياه مثلاً [1](م ٥٦٨ مدني).

الفرض الثاني: إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن دون تدخل شخصي من المدين. كما إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه في هذه الحالة يمكن للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨ مدني). كما لو كان المدين ممثلاً أو مغنياً أو مصوراً. فإذا امتنع المدين عن القيام بالعمل المطلوب منه، فلا يمكن إجباره على التنفيذ العيني. إذ أن الاجبار في هذه الحالة فيه مساس بحرية المدين الشخصية علاوة على أنه غير منتج. ولذلك يقتصر الدائن في هذه الحالة على التنفيذ بطريقة التعويض. ومع ذلك يجوز أن يستعمل القاضي وسيلة الغرامة التهديدية لحمل المدين على التنفيذ العيني كما سوف نرى فيما بعد.

الفرض الثالث: أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني. مثال ذلك هو امتناع البائع عن القيام بإجراءات تسجيل المبيع لنقل الملكية للمشتري، في هذه الحالة يلجأ الدائن للقضاء ليحصل على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع. فإذا حصل عن هذا الحكم فإنه يقوم مقام عقد البيع الصالح للتسجيل وتنتقل الملكية بتسجيل الحكم ومن لحظة التسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع. ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢ مدني من أنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعود له طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد الموعود به».

ثالثاً ـ الالتزام بالامتناع عن عمل: أن محل الالتزام في هذه الحالة هو امتناع المدين عن القيام بعمل معين، ولذلك فإن مجرد قيام المدين بذلك العمل يعتبر إخلال بالالتزام ويرتب مسؤوليته، ويكون بذلك ملزماً بالتعويض. لكن ليس معنى ذلك أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً، في كل الأحوال، استحالة مادية بمجرد إخلال المدين

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١، ص ٢٠.

بالتزامه، لأنه قد يكون التنفيذ العيني ممكناً بالنسبة للمستقبل عن طريق إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام[1]، بل أن للدائن أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص من القضاء. واستئذان القضاء واجب دائماً ولو كانت الازالة المطلوبة على وجه الاستعجال لما قد تؤدي إليه من أعمال العنف[2]. (م ٢١٢ مدني مصري، م ٢٥٠ موجبات وعقود).

إذا استحال التنفيذ العيني لأن ما وقع من مخالفة لا يمكن تداركه، كما لو أفشى طبيب سراً من أسرار مهنته، أو كان في التنفيذ العيني مساس بحرية المدين الشخصية، كما لو أخل ممثل بالتزام عليه بعدم التمثيل في مسرح معين إذ يستحيل منعه من التمادي في المخالفة إلا بالحجر على حريته، أو كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين لا يتناسب والفائدة التي ستعود منه على الدائن[3]. في هذه الأحوال يكتفي القاضي بأن يحكم بتعويض نقدي. وفي جميع الأحوال للقاضي سلطة تقدير واسعة.

المطلب الثاني: وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني

التنفيذ العيني قد يكون اختيارياً، يقوم به المدين طوعاً، وقد يكون جبراً على المدين. ووسائل التنفيذ الجبري متعددة، منها المباشر، كوسيلة التنفيذ القهري عن طريق السلطة العامة كأن يجبر المدين على تسليم الأرض التي التزم بتسليمها للدائن قهراً، وقد يكون التنفيذ الجبري عن طريق الحجز على أموال المدين كما هو الغالب في الحياة العملية، وقد يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني، وقد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني، كانتقال ملكية المنقول المعين بالذات إلى الدائن بحكم القانون من وقت العقد، كل ذلك على النحو السابق بيانه. إلى جانب ذلك توجد وسائل غير مباشرة للتنفيذ العيني، وهي

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٨ وقارن السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٩٨ ص ٧٧٩ حيث يعتبر ذلك من قبيل التعويض العيني وليس تنفيذاً عيناً للالتزام.

(٢) مثال ذلك إلتزام المدين بعدم تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء، أو بعدم البناء في جزء معين من الأرض المشتراة وبتجاوز المدين هذه القيود فإنه يجوز للدائن أن يطلب من القاضي إزالة البناء الزائد. وكذلك فتح محل تجاري بالمخالفة للالتزام بعدم المنافسة إذ يجوز الحكم بإغلاقه.

(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٧٨، ص ١٥٢.

الوسائل التي تعمل على حث أو حمل المدين على التنفيذ العيني. هذه الوسائل هي أولاً: الاكراه البدني ثانياً: التهديد المالي أو الغرامة التهديدية.

أولاً ـ الاكراه البدني

كان المدين في العصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله. وقد كان الالتزام في البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، ومصدراً للسلطة وقيداً قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته.

فقد كانت الأنظمة القانونية التي لم تبلغ حداً من التطور، لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل فإن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافي، وإن كانت تتمتع بنوع من الزجر وتحقق بالتالي نوعاً من الوقاية. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق مع عقلية العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة.

في المجتمعات الحديثة تطورت فكرة الالتزام، وبالتالي تطورت فكرة الجزاء، وأصبح المدين يلتزم في ماله لا في شخصه، وجزاء عدم تنفيذ الالتزام تعويض لا عقوبة. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أي قيمة لدى الدائن، ولكن كل ما يهم الدائن هو حصوله على حقوقه التي كان ينتظرها ويرتب حياته عليها[1]، ولذلك فإن القوانين الحديثة قد تخلصت تقريباً من كل أثر للإكراه البدني. وإن كان هناك بعض الحالات في بعض القوانين الوضعية، فأنها لا تمثل إلا استثناء من الأصل. ومثال ذلك في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن، إذا كان المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به، وأمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل، صدر حكم حبسه، ولا تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً، يخلى سبيله بعد انتهائها أو قبل انتهائها إذا أثمر الضغط فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلاً. وحبس المدين في هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على أمواله ومثال ذلك أيضاً جواز بالإكراه

---

(١) انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا في التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، فقرة ١ ص٥.

البدني لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة. ويكون هذا الإكراه بالحبس والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة هي (١) الغرامة (٢) المصروفات والرد والتعويضات المقضي بها للحكومة. والإكراه البدني في الغرامة يبرىء ذمة المدين: عشرة قروش عن كل يوم، أما الإكراه البدني في المصروفات والرد والتعويضات فإنه لا يبرىء ذمة وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء، ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدني[١].

ثانياً ـ التهديد المالي أو الغرامة التهديدية

إذا كانت القوانين الحديثة قد تخلصت تقريباً من كل أثر للإكراه البدني، إلا أنه قد ظهرت الحاجة إلى نوع آخر من الإكراه لحمل المدين على التنفيذ العيني، خاصة في الأحوال التي تتطلب تدخله الشخصي، فاهتدى القضاء الفرنسي إلى فكرة التهديد المالي والغرامة التهديدية. لذلك يجب أن نقف على ماهية الغرامة التهديدية ومجال عملها، وشروط الحكم بها، ثم نعرض في النهاية لخصائص الحكم بالغرامة التهديدية وأثره.

١ ـ ماهية الغرامة التهديدية ومجالها:

كيف ظهرت الحاجة إلى الغرامة التهديدية؟ نحن نعلم أن الأصل هو التنفيذ العيني، وأن المدين يجبر عليه ما دام هذا التنفيذ ممكناً. لكن في بعض الأحوال يكون تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ولذلك فإن إجبار المدين بطريق مباشر على التدخل شخصياً للقيام بتنفيذ الالتزام لا يكون منتجاً، أو يقتضي حجزاً على حريته الشخصية. فهل معنى ذلك أن بامتناع المدين عن التنفيذ في هذه الأحوال يجعل التنفيذ العيني مستحيلاً، ويجعل القاضي يستسلم ويحكم بالتنفيذ بمقابل. لو كان الأمر كذلك لأصبح التنفيذ العيني في مثل هذه الأحوال متوقفاً على محض إرادة المدين.

ولذلك نصت المادة ٢١٣ مدني مصري على أنه «إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم

(١) انظر السنهوري: المرجع السابق، فقرة ٨٠١ ص ٧٨٢.

بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إذ امتنع عن ذلك» «وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة».

كما أن المادة ٢١٤ مدني مصري تقضي بأنه «إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفضه التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين».

وكذلك قضت المادة ٢٥١ موجبات وعقود لبناني بما يلي «غير أنه لا يمكن تطبيق هـذه المعاملة (التنفيذ العيني الجبري) على الموجبات التي تستلزم إيفاؤها عيناً قيام المديون نفسه بالعمل، فيحق للدائن حينئذٍ أن يطلب الحكم على المديون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل نكول يرتكبه، رغبة في إكراه المديون المتمرد وإخراجه من الجمود. وبعد تنفيذ الموجب عيناً يحق للمحكمة أن تعفى من الغرامة أو أن تبقى منها ما يعوض الدائن عن الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدا من المديون».

من أمثلة ذلـك الالتزام بتقديم حساب ، أو إلـزام صاحب العمـل بإعطـاء شهـادة خبرة للعامل عند انتهاء خدمته، أو القيام بعمل فني، كغناء أو تمثيل أو تصوير، أو التزام الهيئات المحتكرة لبعض الخدمات بتقديم خدماتها إلى من تعاقد معها، كتوريد المياه والنور والغاز. في مثل هذه الأحوال نجد أن بعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين. وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل.

ولذلك قد اجتهد القضـاء الفرنسي منذ القرن التاسع عشر في إيجاد وسيلة تعطي لأحكامه الفعالية اللازمة بالرغم من عدم وجود نص يخوله ذلك، وقد اهتدى إلى وسيلة التهديد المالي. وقد كانت حجته في ذلك أنه ليس من سلطة القضاء أن يقول حكم القانون فحسب، بل أن من سلطته أيضاً أن يعطي لأحكامه الفعالية بالمطلوبة[١]. واستمر هذا الاجتهاد يعوزه السند التشريعي إلى أن صدر قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ بإعادة تنظيم الغرامة التهديدية وإعطائها الفعالية اللازمة[٢]. وبذلك أصبحت الغرامة التهديدية

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit, No. 639 p. 453.

(٢) Ph.Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 641, p. 454.

وسيلة غير مباشرة، ولكنها فعالة، لحمل المدين على التنفيذ العيني. لكن ما المقصود بالغرامة التهديدية؟

«فالغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يقضي بإلزام بالمدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام، ويقصد بهذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف»[1]. فالغرامة التهديدية مبلغ من المال يحكم القاضي بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم وأية وحدة زمنية أخرى، يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عيناً بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ. كما هو واضح ليس الغرض من الغرامة التهديدية تعويض الدائن عن تأخر المدين عن الوفاء، بل المقصود بها تهديد المدين وإرهابه للتغلب على ممانعته وعنته، بالتالي حمله على التنفيذ العيني. ولهذا أجيز للقاضي أن يزيد في مقدار الغرامة إذا ظهر بعد ذلك، من إصرار المدين على عدم التنفيذ، أن المبلغ الذي حدد أولاً لم يكن كافياً لإكراه المدين على التنفيذ (م ٢١٣/ ٢ مدني).

ويجد التهديد المالي مجالاً أوسع للتطبيق بالنسبة للالتزام بعمل، إذا كان تدخل المدين الشخصي ضرورياً لتنفيذه، وبالنسبة للالتزام بامتناع عن عمل، إذا أريد منع تكرار المخالفة في المستقبل[2]، حيث أنه في هذه الأحوال يلجأ القاضي كثيراً إلى نظام الغرامة التهديدية للتغلب على تعنت المدين وإصراره على عدم التنفيذ. بينما لا يصادف التهديد المالي كثيراً في الالتزام بإعطاء، لأن الوسائل التي رصدها المشرع لبلوغ التنفيذ العيني مباشرة تغني عنه، من ذلك الرخصة المخولة للدائن في التنفيذ على نفقة المدين، والسماح في بعض الحالات بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني، أو تكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني.

في مجال الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي في الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق حضانتهم، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى محل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢، ص ٥٤٠.

(٢) مثال ذلك إلتزام الممثل بألا يمثل في مسرح معين، أو إلتزام المهندس بألا يعمل في مصنع منافس، أو إلتزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن منافسة المشتري لهذا المحل، في هذه الأحوال يجوز عند وقوع المخالفة الحكم عن المدين بغرامة تهديدية لمنع تكرار المخالفة في المستقبل، وبالتالي يتحصل الدائن على التنفيذ العيني للالتزام.

الطاعة، وذلك لأن التنفيذ الجبري يكون عادة غير ملائم[1].

٢ ـ شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان أساسيان:

الشرط الأول: أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً ما زال ممكناً: هذا الشرط يكشف عن العلة من تقرير الغرامة التهديدية. ذلك أن الغرض من الحكم بالغرامة التهديدية هو حمل المدين على تنفيذ التزامه عينياً، لذلك ينبغي أن يكون هناك التزام وأن هذا الالتزام لا يزال في الإمكان تنفيذه عيناً.

فإذا لم يوجد التزام أصلاً، انتفت العلة من الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني للالتزام، ووجب على المحكمة أن ترفض الحكم بهذا التهديد المالي. فلا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي لإجبار أحد الخصوم في دعوى على الحضور أمام المحكمة، إذ لا يوجد التزام على الخصم بذلك. كذلك لا يجوز الحكم على من اشترك في ارتكاب جريمة بغرامة تهديدية لحمله على إفشاء أسماء شركائه، لأنه ليس ملزماً قانوناً بذلك.

على أن وجود الالتزام لا يكفي وحده لتبرير الحكم بالتهديد المالي، بل يجب أن يكون تنفيذه عيناً ما زال ممكناً. لأن الهدف النهائي من التهديد المالي هو بلوغ التنفيذ العيني عن طريق المدين شخصياً. وعلى ذلك يمتنع الحكم بالغرامة التهديدية إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً مستحيلاً، سواء رجعت هذه الاستحالة إلى فعل المدين، كقيام المدين بالالتزام بتقديم حساب بإعدام المستندات المثبتة لهذا الحساب، إذ في هذه الحالة لا مجال إلا للحكم بالتعويض، أو رجعت إلى سبب أجنبي، وفي هذه الحالة سوف ينقضي الالتزام ولا يحكم على المدين بشيء.

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه: أن مجال التهديد المالي ينحصر في الحالات التي لا يمكن فيها بلوغ التنفيذ العيني مباشرة عن طريق ما رصده المشرع من وسائل في هذا الصدد على النحو

(١) أنظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩٠٣ ص ٧٨٤، وانظر تطبيقات القانون الفرنسي في هذا المجال.

Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., Note. 25, p. 454.

السابق بيانه، وذلك لانتفاء الغرض منها لوجود وسيلة أخرى تفوقها سرعة وجدوى.

حتى في هذا المجال، يلزم أيضاً للالتجاء إلى التهديد المالي أن يكون تدخل المدين ضرورياً أو مفيداً لتحقيق التنفيذ العيني. من أمثلة ذلك الالتزام بتقديم حساب أو مستندات، أو الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين، كتعهد فنـان ممثل بالاشتراك في مسرحية معينة، أو الامتناع عن التمثيل لمسرح معين، أو التزام هيئات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين.

بالرغم من توافر هذا الشرط، إلا أن هناك من الحالات ما يمتنع فيها الالتجاء إلى التهديد المالي. من ذلك أن يكون في الحكم بالتهديد المالي مساس بالحق الأدبي للمؤلف. فإذا تعهد كاتب لناشر بكتابة رواية مثلاً، أو إذا تعهد رسام لعميل برسم لوحة فنية، أو تعهد فنان بنحت تمثال لعميل معين، ثم امتنع المؤلف عن إتمام المصنف، أو رغم إتمامه امتنع عن تسليمه. فإنه لا يجوز في هذه الأحوال الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، لأن في الالتجاء إلى التهديد المالي في هذه الأحوال اعتداء على حقه الأدبي في تقدير ملاءمة نتاجه الفكري للنشر أو للعرض من عدمه. ولا يكون أمام الدائن من سبيل إلا الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل.

لكن يجب ألا يكون امتناع المؤلف عن القيام بالمصنف أو تسليمه راجعاً إلى إغراء بعرض أكبر من ناشر أو عميل آخر وإلا جاز الالتجاء إلى التهديد المالي لحمله على تنفيذ التزامه.

سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية: إذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة عند إصدارها لحكمها بإلزام المدين بالتنفيذ العيني، أن تلزمه من تلقاء نفسها بدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن التنفيذ[1] لأن سلطة القاضي ليست قاصرة على أن يقرر حكم القانون Jurisdictio فحسب ولكن من سلطته أيضاً أن يؤمن لأحكامه الفعالية المطلوبـة «Imperium»[2].

---

(١) أنظر عكس ذلك السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٨٠٣ ص ٧٨٤ حيث يرى ضرورة أن يطالب الدائن بالتهديد المالي، وأيضاً محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة والالتزامات ١٩٧٨، فقرة ٣٨٠ ص ٧٥١.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès Op. Cit., No. 639 p. 453.

=

والحكم بالغرامة التهديدية يدخل في إختصاص كافة أنواع المحاكم من عادية أو استثنائية، ومن مدنية أو تجارية أو جنائية إذا كانت تقضي في التزام مدني. كما أن هذا الاختصاص ثابت لقاضي الأمور المستعجلة دون أن يصل إلى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض حيث أن ذلك يخرج عن سلطته[1].

الحكم بالغرامة التهديدية أمر جوازي لمحكمة الموضوع تقدره بحسب ظروف الدعوى. ولا يخضع تقديرها في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض، أما توافر شروط الحكم بهذه الغرامة فمسألة قانونية تدخل في اختصاص هذه المحكمة. كما أن طلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأن هذا الطلب لا يعتبر في الحقيقة طلباً قضائياً بالمعنى المعروف.

٣ ـ خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وأثره:

إن الهدف من الغرامة التهديدية، كوسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عيناً، له تأثيره الواضح على خصائص وطبيعة الحكم الصادر بها وأثره.

(أ) خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وطبيعته: يتميز الحكم بالتهديد المالي بخصائص ثلاثة:

الخاصية الأولى: إنه وسيلة تهديدية Comminatoire وهذه الخاصية تكشف بوضوح الهدف من التهديد المالي، حيث أن العلة من وجوده هو الضغط على إرادة المدين لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. ولذلك كان تقدير التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، ولا يتم تقديره بمبلغ إجمالي دفعة واحدة، وذلك حتى تتحقق الحكمة منه وهو الضغط على إرادة المدين، فإذا طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية. كما أن تقدير التهديد المالي يكون تقديراً تحكمياً فلا مقياس له إلا المقدار الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته، وهي حمل المدين على التنفيذ ولذلك

= انظر في تأييد وجهة النظر هذه، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨، ص ٢٨، أنور سلطان، المرجع السابق فقرة ١٨٤، ص ١٥٧، جلال العدوي، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٨٤، ص ١٥٧.

يراعي فيه القاضي المركز المالي للمدين، ودرجة تعنته. فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر، بل لا يشترط وجود الضرر أصلاً. ويجوز للقاضي أن يزيد فيه كلما رأى داعياً للزيادة (م ٢١٣/ ٢ مدني) وبهذه الخاصية يتميز الحكم بالغرامة التهديدية عن الحكم بالتعويض. إذ التعويض لا بد أن يكون على قدر الضرر.

الخاصية الثانية: أن الحكم بالغرامة التهديدية يعد حكماً وقتياً Provisoire مصيره إلى التصفية Liquidation وفقاً للموقف النهائي للمدين. ويترتب على ذلك أن المحكمة التي أصدرته تملك إعادة النظر فيه. كما أن هذا الحكم لا يكون واجب التنفيذ، إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي[1].

الخاصية الثالثة: الغرامة التهديدية لا تعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين، بل يجب الانتظار لحين التصفية النهائية لأنها ليست ديناً محدداً، حتى يعاد النظر فيه، فينفذ بالمبلغ الذي يحكم به القاضي كتعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ على حسب الأحوال. ولذلك لا تعتبر الغرامة التهديدية عقوبة خاصة[2]، لأن العقوبة واجبة التنفيذ.

(ب) أثر الحكم بالتهديد المالي: بعد الحكم بالغرامة التهديدية على المدين، فإن هذا الحكم قد يؤتى ثماره ويقلع المدين عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه. وقد يتبدد أثره ويصر المدين على موقفه ويصمم على عدم التنفيذ. وفي الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً، فلم يعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالي بعد أن استنفد غرضه. ومن ثم وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة. أي مصير الغرامة التهديدية إلى التصفية: فإذا كان المدين قد رضخ

---

(١) وقد احتفظت الغرامة التهديدية في فرنسا بهذه الخصائص في قانون ٥ يوليو ١٩٧٢، وإن كان أجاز هذا القانون للقاضي الحكم بعدم تصفيتها والحكم بها بصفة نهائية أنظر:

- Ph. Malaurie. L. Aynès, Op. Cit., No. 641, 9454; A. Weill. F, Terré Droit civil. Les obligations, 4 éd Dalloz 1986 No. 834, P. 851, motam No. 237, P. 856.

-J. Carbonnier, Droit civil. Obligations 1972, No. 2516 p. 762 et S.

(٢) أنظر عكس ذلك، أستاذنا الدكتور جلال العدوي، المرجع السابق ص ١٣٣. وفي فرنسا بعد قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ أصبحت الغرامة التهديدية عقوبة خاصة في الحالة التي يحكم بها القاضي بصفة نهائية دون تعديل. أنظر:

Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 641, p 454,

في النهاية وقام بتنفيذ التزامه، فإنه سيطلب من القاضي أن يحط عنه الغرامة ولن يحكم عليه إلا بتعويض عن التأخير وهو بطبيعة الحال أقل من مقدار الغرامة التهديدية، ولو أن القاضي يراعي في تقديره، بجانب الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير، مقدار العنت الذي بدا من المدين. وأن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشىء عن عدم الوفاء ولكن ينبغي أن يراعي في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض[1].

وفي فرنسا قد أعطى قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ لنظام الغرامة التهديدية فعالية أكثر بإعادة تنظيمها من جديد. وقد أقر النظام الجديد نوعين من الغرامة التهديدية، الغرامة التهديدية المؤقتة، وهي تمثل المبدأ، وتحتفظ بكل السمات التقليدية لهذا النظام والسابق بيانها. والغرامة التهديدية النهائية، حيث أجاز القانون للقاضي الحكم بالغرامة بصفة نهائية دون أن يقوم بتصفيتها. هذا النوع له بطبيعة الحال تأثير فعال ويؤدي إلى إثراء الدائن بصورة مبالغ فيها. وتأخذ الغرامة التهديدية في هذه الحالة شكل العقوبة الخاصة وهذا النظام يتعرض لانتقادات شديدة من جانب الفقه[2].

الفرع الثاني

التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض

سبق أن رأينا أن التنفيذ العيني هو الأصل. ولهذا كان التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض هو طريق يلجأ إليه الدائن عندما لا يستطيع أن يتحصل على التنفيذ العيني. وعلى ذلك فالتنفيذ بمقابل يعد طريقاً احتياطياً أو بديلاً للتنفيذ العيني لا يلجأ إليه الدائن إلا إذا تعذر التنفيذ العيني. ولذلك يجب أن نحدد نطاق التنفيذ بمقابل، ثم نعرض بعد ذلك لكيفية تقديره.

---

(١) المذكرة الإيضاحية، الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٤٠.

(٢) Ph. Malaurie. L. Aynès, Op. Cit., No. 641, p. 45,

ومن أجل ذلك قد صدر قانون ٩ يوليو ١٩٩١ الخاص بتعديل إجراءات التنفيذ المدنية والذي نقح وحدث أحكام الغرامة التهديدية (يدخل في نطاق التطبيق اعتباراً من أول يناير ١٩٩٣). هذا القانون له الفضل في توضيح وتحسين أحكام الغرامة التهديدية في ثلاث نواح: نطاق الاختصاص بالحكم بالغرامة التهديدية، وطريقة تصفيتها، وكيفية تنفيذها. انظر في تفصيل ذلك:

- F. Chabas, la réforme de l'astreinte, D. 1992, p. 299.
- R. Perrot, l'astreinte, ses aspects nouveaux, gaz. Pal. 2 sem. 1991, p. 801.

أولاً: نطاق التنفيذ بمقابل

في هذا الصدد سوف ندرس حالات التنفيذ بمقابل، ثم نعرض للتعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير، وأخيراً لامكانية التنفيذ بمقابل لكل التزام أياً كان مصدره.

١ ـ حالات التنفيذ بمقابل

إن إلزام المدين بالتعويض لا يعني إنشاء التزام جديد في ذمته، وإنما هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت في ذمته من قبل. ولذلك فإن التأمينات التي كانت قد تقررت ضماناً للالتزام تظل ضامنة لوفاء المدين بالتعويض عند الإخلال به.

فالتنفيذ بمقابل وسيلة علاجية تعوض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره في هذا التنفيذ. فهو إذن ليس إلا وسيلة احتياطية لا يحتم الالتجاء إليها إلا إذا تعذر تنفيذ ذات الالتزام بكافة الشروط التي نشأ بها[1]. ولذلك تتلخص هذه الحالات فيما يلي:

أ ـ إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين. هذه الاستحالة متصورة بالنسبة للالتزام أياً كان محله عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث أن التنفيذ العيني لهذا الالتزام يعتبر ممكناً دائماً.

ب ـ إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين شخصياً، ولم تجد الغرامة التهديدية في التغلب على تعنته وامتناعه.

جـ ـ إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن فيه إرهاقاً للمدين، وإذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

د ـ إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، وبذلك يكون قد اتجهت إرادتهما معاً إلى التنفيذ بمقابل، رغم إمكانية التنفيذ العيني.

إذا كانت هذه هي حالات التنفيذ بمقابل فما هي أنواع هذا التنفيذ.

٢ ـ التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير:

سبق أن رأينا أن التنفيذ بمقابل وسيلة علاجية تعوض الدائن عما يلحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره في هذا التنفيذ.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦ ص ٩.

وعلى ذلك فالتعويض نوعان، تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير وكلاهما تنفيذ بمقابل. وهذا واضح في التعويض عن عدم التنفيذ حيث يلزم المدين الذي لم ينفذ بالتزامه تنفيذاً عينياً، بتعويض يحل محل ما كان يجب عليه أن يؤديه. وكذلك الحال إذا لم ينفذ المدين التزامه سوى تنفيذ جزئي أو معيباً، فيلزم بتعويض النقص. وهو صحيح أيضاً فيما يتعلق بالتعويض عن التأخير إذ أن التنفيذ لا يكون كاملاً إلا إذا قام به المدين في ذات الظروف التي كان عليه تأديته فيها، ولذلك يتضمن التأخير في التنفيذ إخلالاً جزئياً بالالتزام. فإذا كان المدين لم يوف بدينه إلا متأخراً كان التنفيذ العيني غير كامل، وألزم بتعويض يحل محل هذا النقص هو التعويض عن التأخير.

وقد تضمنت صراحة المادة ٢٥٢ موجبات وعقود هذه الأحكام بنصها على أنه «إذا لم ينفذ الموجب بأداء العين تماماً وكمالاً حق للدائن أن يأخذ عوضاً يقوم مقام تنفيذ الموجب عينياً لعدم حصوله على الأفضل» ـ «وإذا جعل العوض مقابلاً للتخلف النهائي عن التنفيذ جزئياً كان أو كلياً سمي بدل التعويض» ـ «أما إذا كان التنفيذ عيناً لا يزال ممكناً إذ أن المديون لم يكن إلا متأخراً عن إتمام موجباته، فالعوض الذي يعطى للدائن يسمى بدل تأخير».

ومن المتصور أن يجتمع نوعاً التعويض معاً ـ وذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه فالتزم بتعويض عن التأخير، ثم أصر على عدم التنفيذ أو أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بفعله، فيلزم بتعويض عن عدم التنفيذ. وإذا تم التنفيذ العيني متأخراً كان للدائن أن يجمع بينه وبين التعويض عن التأخير. وعلى العكس لا يجتمع التنفيذ العيني والتعويض عن عدم التنفيذ إلا في الحالات التي يكون التنفيذ العيني فيها ناقصاً أو معيباً، فيكون للدائن تعويض عن عدم تنفيذ جزئي[1].

٣ ـ إمكانية التنفيذ بمقابل لكل التزام أياً كان مصدره

كل التزام، أياً كان مصدره، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض فالالتزام العقدي أيا كان محله، يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات التي تقدم ذكرها.

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ٨، ٩.

التعويض. فالعمل غير المشروع مصدر للالتزام بالتعويض، وهذه المسؤولية التقصيرية. والإثراء بلا سبب مصدر للالتزام بالتعويض وكثيراً من الالتزامات القانونية الأخرى يكون تنفيذها بطريق التعويض، كالتزام الجار بألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً، والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة. وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عيناً، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض[1].

ثانياً: كيفية تقدير التعويض

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي، لكن في نطاق الالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في الوفاء به، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وأخيراً قد يتكفل القانون بتقدير التعويض الذي يستحق عن التأخير في تنفيذ الالتزام، كما هو الحال في تحديد سعر الفائدة عن التأخير، وهذا هو التعويض القانوني. وهذا التعويض الأخير يتعلق فقط بالالتزام بدفع مبلغ من النقود، حيث أنه لا محل فيه للتعويض عن عدم التنفيذ، إذ هو قابل للتنفيذ العيني دائماً.

وبذلك سندرس في ثلاث مباحث على التوالي:

- التعويض القضائي.
- الاتفاقي أو الشرط الجزائي.
- التعويض القانوني.

المبحث الأول: التعويض القضائي

القاعدة في القانون المصري أنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨ مدني) كما أن المادة ٢٥٣ موجبات وعقود تنص على أنه «يجب لاستحقاق بدل العطل والضرر. ١ ـ أن يكون قد وقع ضرر. ٢ ـ أن يكون الضرر معزواً إلى المديون. ٣ ـ أن يكون قد أنذر المديون لتأخره فيما خلا الأحوال

(١) السنهوري، الوسيط، جزء ٢ فقرة ٤٥٩ ص ٨٢٥.

الاستثنائية». ولذلك يجب قبل الخوض في تفاصيل أحكام التعويض القضائي أن نعرض للإجراء الواجب أن يقوم به قبل المطالبة بالتعويض وهو الأعذار. ويكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار (م ٢١٩ مدني).

المطلب الأول: الإعذار

ولدراسة الإعذار ينبغي أن نعرض أولاً، لنطاقه، وذلك لمعرفة هل يشترط الأعذار، ثم ثانياً؛ لنظامه فنحدد المقصود به، ثم نعرف كيف يتم؟ وأخيراً نقف على آثاره.

أولاً: نطاقه

نقصد من وراء ذلك معرفة متى يلزم الإعذار، هل يلزم لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ كما هو لازم بالنسبة للتعويض عن التأخير؟ هل هو ضروري في جميع الأحوال، أم أن هناك حالات لا يلزم فيها الأعذار؟

١ ـ هل يشترط الأعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ؟

ليست هناك إجابة واحدة على هذا التساؤل، حيث أن الفقه قد اختلف في هذا الصدد. ولكن قبل عرض الآراء المختلفة يجب أن نحدد المقصود بهذا التساؤل.

فالمقصود بهذا التساؤل هو تحديد الضرر الذي يشمله التعويض عن عدم التنفيذ بمعنى هل يشترط الأعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، بحيث لا يشمل التعويض من الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ سوى تلك التي تحققت بعد الأعذار، كما هو الشأن بالنسبة للتعويض عن التأخير في التنفيذ؟ أم أن هناك فرقاً بين نوعي التعويـض، فلا يشترط الأعذار في التعويض عن عدم التنفيذ، بل يكون هذا التعويض شاملاً لكافة الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ ولو لم يكن قد سبق للدائن أن أعذر مدينه[1].

من الفقهاء من يرى أنه يشترط الأعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ١٠٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢، ص ٦٠ وانظر في فرنسا:

A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 426 p. 407.

استناداً إلى إطلاق عبارة المادة ٢٠٨، وإلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذا النص[١] وقد قضت محكمة النقض بذلك في ظل التقنين المدني السابق[٢] والقضاء الفرنسي اعتباراً من حكم محكمة النقض في ١١ يناير سنة ١٨٩٢ وإلى أن صدر حكم محكمة النقض في ٥ يناير ١٩٣٨ والذي قضى على خلاف الحكم الأول[٣].

هذا الرأي لا يتفق مع العلة التي من أجلها تقرر الأعذار، حيث أن الغرض منه هو نفي مظنة التسامح في التأخير في جانب الدائن[٤]، فالتسامح الذي يفترضه القانون في جانب الدائن الذي لم يعذر مدينه إنما ينصرف إلى وقت التنفيذ فحسب ولا يتصور أن يحمل سكوت الدائن محل الرضى بألا يتم التنفيذ أصلاً أو يكون ناقصاً أو معيباً[٥]. ومن هنا جاءت التفرقة بين نوعي التعويض فيما يتعلق بوجوب الأعذار. فلا يستحق تعويض عن التأخير في الفترة السابقة على الأعذار، لأنه يفترض قبل صدور الأعذار أن الدائن قبل ضمناً مد أجل الوفاء بالالتزام، ولا ينفي هذه القرينة عنه إلا صدور الأعذار. وبصدور الأعذار يتصور وقوع الضرر الناشىء عن التأخير فيستحق التعويض من هذا الوقت[٦]. أما التعويض عن عدم التنفيذ فهو يستحق عن واقعة لا شأن للأعذار بها وهي واقعة الإخلال إخلالاً نهائياً بالتزام فيشمل كافة الأضرار الناتجة من هذا الإخلال، ولا محل للبحث فيما إذا كان الدائن قد أعذر مدينه أو لم يعذره أو فيما إذا كان الضرر قد تحقق قبل الأعذار أو بعده[٧] وهذا أيضاً الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي، وإن كان مازال هناك بعض التردد[٨].

على ضوء ما تقدم فإنه يقضي تخصيص حكم المادة ٢١٨ بقصره على التعويض

(١) انظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٧٠، ص ٧٣٥، ٧٣٦، قارن السنهوري، الوسيط، جزء ٢ فقرة ٤٦٨، ص ٨٤٣ وعبد المنعم فرج، أحكام الالتزام، فقرة ١٣، ٢٦.

(٢) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ١٠٣.

(٣) A. Weill, F. Terré. Op. Cit., No. 426, p. 447.

(٤) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٦١.

(٥) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ١٠٤.

(٦) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٠ ص ١٣٧.

(٧) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ١٠٤ وفي فرنسا A. Weill, F. Terré, Op. cit., No. 426, p. 447.

(٨) A. Weill, F. Terré, Oo. Cit., No. 426, p. 448.

عن التأخير. وهذا ينصرف إلى الحالة التي يتخلف فيها المدين عن تنفيذ التزامه في وقت معين، ويظل التنفيذ العيني ممكناً بعد فوات ذلك الوقت. فلا يكون هذا التخلف إخلالاً نهائياً بالالتزام، فإن ترتب عليه بذاته ضرر بالدائن بحيث لا يكون من شأن التنفيذ اللاحق لو تم بعد ذلك أن يتداركه. كان هذا الضرر ناتجاً من تأخير في التنفيذ ويدخل في نطاق التعويض عن التأخير وبالتالي لا يستحق التعويض عنه إذا لم يكن المدين معذراً عند وقوعه. أما إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العيني بعد ذلك بحيث تحول تخلفه عن التنفيذ إلى إخلال نهائي بالالتزام، فإن الدائن يصبح له حقاً في التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير ويستحق الأول دون أعذار ولا يستحق الثاني إن لم يكن المدين معذراً. ويتضح من ذلك أن نطاق التعويض عن التأخير لا يقتصر على الأضرار التي تصيب الدائن في حالة ما إذا تم التنفيذ العيني متأخراً، بل هو يمتد إلى الحالة التي يتحول فيها تخلف المدين عن التنفيذ إلى إخلال نهائي بالالتزام. وهذا ما يفسر الخلاف الفقهي السابق حيث أنه في بعض الأحيان تدق التفرقة بين التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير.

٢ ـ الحالات التي لا يلزم فيها الإعذار:

هناك حالات لا يلزم فيها الإعذار، ويعتبر مجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه دون حاجة إلى أي إجراء، وإلا كان مسؤولاً عن التعويض وهذه الحالات يمكن ردها أما إلى إتفاق الطرفين أو إلى طبيعة الأشياء، أو إلى نص القانون.

أولاً ـ الحالات المستثناه بالاتفاق:

قاعدة وجوب الأعذار ليست من النظام العام، بل هي مقررة لمراعاة مصلحة المدين وحده. ولذلك أجازت المادة ٢١٩ الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلى أي إجراء وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً مثل الاتفاق الضمني فيشترط التسليم فوراً في عقود التوريدات أو يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين. وهذا الاتفاق الضمني يستخلصه القاضي من أحكام العقد طبقاً للقواعد العامة في التفسير، ولذلك يجب أن يكون هذا الاتفاق الضمني ليس محل شك، وإلا وجب تفسير هذا الشك في مصلحة المدين، ويكون بذلك الأعذار واجباً، فالاتفاق على شرط جزائي لا يكفي لإعفاء الدائن من الأعذار.

ثانياً ـ الحالات المستثناه بطبيعتها:

هناك من الحالات ما تقتضي فيها طبيعة الأشياء إعفاء الدائن من واجب الأعذار، ولا يغير من هذا الوضع أن المشرع قد نص عليها في التقنين المدني الحالي (م ٢٢٠ مدني مصري) أو في التقنين المدني الفرنسي (م ١١٤٥، ١١٤٦)[1] لأن طبيعة الأشياء تفرض الأعفاء من هذا الأعذار في هذه الحالات بدون نص كما هو الحال في التقنين المدني السابق[2]، وهذه الحالات هي:

١ ـ إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، فلا معنى إذن لأعذار المدين، ويستحق التعويض عليه دون حاجة إلى أعذاره من ذلك:

ـ أن يكون محل الالتزام امتناعاً عن عمل وأتاه المدين، فلا فائدة من الإعذار العيني في هذه الحالة إذا أصبح التنفيذالعيني غير ممكن[3].

ـ إذا كان محل الالتزام القيام بعمل وصدر من المدين ما يجعل تحقيقه مستحيلاً، مثل المالك الذي يتصرف بالبيع في عقاره مرتين، ويسجل المشتري الثاني عقده قبل تسجيل المشتري الأول.

ـ إذا كان مصدر الالتزام عقداً من عقود المدة، فإنه لا ضرورة للإعذار دون أن ينفذ المدين التزامه. كأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينقضي الميعاد قبل رفعه، أو يلتزم مقاول بناء صالة عرض لأحد العارضين وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه[4].

ـ إذا كان مصدر الالتزام عقداً من عقود المدة، فإنه لا ضرورة للأعذار إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه الزمني لاستحالة تداركه لفوات الزمن. كالتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة في فترات دورية معينة وعدم قيامه بذلك خلال فترة زمنية

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 421, p. 443.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٢ ص ١٣٨.

(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦١ ص ١٣٨ السنهوري، الوسيط، جزء ٢ فقرة ٤٦٦ ص ٨٣٧.

-A. Weill, F. Terré Op. Cit., No. 421, p. 443 et 444.

(٤) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٦٦، ص ٨٣٧،

A. Weill, F. Terré Op. Cit., No. 421, p. 443 et 444.

معينة، وكالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة إبتداء من تاريخ معين وعدم قيامه بذلك.

٢ ـ إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع وبرره البعض بأن ذلك يعتبر إخلالاً بالتزام قانوني بامتناع عن عمل وهو الالتزام بعدم الأضرار بالغير[١] ولذلك لا يتصور بصدده الإعذار. ويرى الفقه الراجح أن تبرير هذا الحكم يرجع إلى أن الالتزام بعدم الأضرار بالغير ليس التزاماً بالمعنى الفني الدقيق، بل هو واجب قانوني عام يتساوى فيه جميع أفراد المجتمع، أما الالتزام بالمعنى الفني فهو الالتزام بالتعويض عن الضرر المترتب على الخطأ، وبالنسبة لهذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به، والإعذار فيه إذن ليس مجرداً من المعنى، ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه فمصدر الالتزام هو إرتكاب خطأ سبب ضرراً، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لأعفاء الدائن من الإعذار[٢].

٣ ـ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه فبعد هذا التصريح القاطع لا جدوى في إعذاره حيث أنه عقد العزم على الأمتناع عن تنفيذ التزامه.

وقد اشترط القانون أن يكون هذا التصريح كتابة ، فلا يكفي التصريح أمام شهود . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الكتابة مستلزمة هنا للاثبات، ولذلك يقوم مقامها الإقرار أو النكول عن اليمين[٣]. بينما يرى البعض الآخر أن الكتابة في هذه الحالة لا يقتصر دورها على مجرد إثبات واقع التصريح، بل قصد بها أيضاً إثبات جديته[٤]. في فرنسا، وكما كان الحال في ظل التقنين المدني السابق، لا يشترط أن يكون تصريح المدين مكتوباً ولكن يكفي إعلان المدين إصراره عن عدم

(١) قارن السنهوري المرجع السابق، فقرة ٤٦٦، ص ٨٣٨، حيث يرى أنه إخلال بالتزام بعمل، وهو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة بعدم الأضرار.

(٢) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٤، ص ١٠٠ وقارن عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤٠، ص ٥٩، وأيضاً:

A. Weill, F. Terré Op. Cit., No. 424, p. 445.

(٣) أنظر السنهوري، المرجع السابق، الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٦٩ ص ٨٣٣، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٢، ص ١٣٩.

(٤) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ١٠١، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٦٩، ص ٧٣٥.

التنفيذ[1].

ثالثاً ـ الحالات المستثناه بنص في القانون، كما لو كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، فلا داعي للأعذار حيث أن المدين سيء النية (م ٢٢٠ مدني). وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون، نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه بدون حاجة إلى أعذار، من ذلك ما قضت به المادة ٢/٧٠٦ من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها على خلاف القواعد العامة، حيث لا تستحق إلا من يوم المطالبة القضائية، ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدني من أن الموكل يلزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الأنفاق، وذلك على خلال القواعد العامة، ومن ذلك أيضاً المواد ٩٥، ٥١٠، ٥٢٤، ٣/٨٠٠ مدني مصري.

وفي القانون اللبناني قد أجملت المادة ٢٥٨ موجبات وعقود الحالات المستثناة بنصها على أنه«لا يبقى الانذار واجباً. ١ ـ عندما يصبح التنفيذ مستحيلاً. ٢ ـ عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المديون ولو بوجه جزئي على الأقل. ٣ ـ عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أدائه رد شيء يعلم المديون أنه مسروق أو كان المديون قد أحرزه عن علم بوجه غير مشروع. ففي الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المديون حتماً في حالة التأخر بدون أي تدخل من قبل الدائن».

ثانياً: نظامه

وفي هذا الصدد ندرس المقصود بالإعذار، وكيف يتم، وآثاره:

١ ـ المقصود بالإعذار: يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني[2] حيث أن التأخر في التنفيذ حالة قانونية الأصل فيها أنه لا يكفي لقيامها مجرد التأخر الفعلي[3]، وإنما يلزم أن يسجله الدائن عليه بالإعذار.

---

(١) أنظر

A. weill, F. Terré Op. Cit., No. 422 p. 444.

(٢) أنظر السنهوري، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٤٦٤ ص ٨٣٠.

(٣) أنظر السنهوري، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٤٦٤، ص ٨٦١ هامش ٢.

والعلة في اشتراط الإعذار أن مجرد استحقاق أداء الالتزام لا يكفي لجعل المدين معذراً، لأنه قد يحل أجل الالتزام مع ذلك يسكت الدائن عن مطالبة المدين بالتنفيذ، فيحمل ذلك منه محل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وقد رضي ضمنياً بمد الأجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك، لذا إذا أراد الدائن أن يقوم المدين بالتنفيذ بغير إرجاء، فعليه أن يفصح له عن رغبته هذه بالطرق التي رسمها القانون، فيكون بذلك قد أعذره، ويكون على المدين في هذه الحالة أن يقوم بالتنفيذ فوراً وإلا ترتبت على تأخره نتائج قانونية.

وإذا كان هذا الإجراء يتسق مع التقاليد الموروثة إلا أنه لم يعد يتلاءم مع الظروف الاقتصادية المعاصرة[1] وبصفة خاصة الائتمان، ولذلك قد عدلت عنه الكثير من التشريعات المعاصرة واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لأشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار، ويصبح المدين مسؤولاً عن التعويض إذا تأخر عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل.

أما التقنين المدني المصري فقد ظل على احترامه للتقاليد الموروثة عن القانون الفرنسي ونص على أنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين. ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨ مدني مصري، م ٢٥٣ موجبات وعقود). وسبق أن رأينا أن هذا النص قاصر فقط على التعويض عن التأخر في التنفيذ دون التعويض عن عدم التنفيذ.

٢ ـ كيف يتم الأعذار:

تنص المادة ٢١٩ مدني على أن يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الأنذار: فالأصل أن يكون إعذار المدين بإنذاره والأنذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدي فيها الدائن للمدين رغبته في استيفاء حقه. وقد بين قانون المرافعات كيفية إعلان الأنذار (م ٦ مرافعات وما بعدها).

ويقوم في إعذار المدين، مقام الأنذار أية ورقة رسمية تعلن إلى المدين، يتبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه. من ذلك التنبيه الرسمي على المدين بالوفاء والسابق على إجراء التنفيذ بطريق الحجز، والتكليف بالحضور أمام المحكمة ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، ومحضر الحجز وهو من أعمال التنفيذ.

---

(١) أنظر السنهوري، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٤٦٤، ص ٨٦١ هامش ٢.

أما الأوراق غير الرسمية فأنها لا تكفي كوسيلة للإعذار في المسائل المدنية، إلا إذا كان متفقاً بين الدائن والمدين على أنها تكفي. ومن قبيل هذه الأوراق الخطابات ولو كانت مسجلة والبرقيات. وعلى ذلك ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق، على الأكتفاء في الأعذار بخطاب عادي غير مسجل أو حتى بمجرد خطاب شفوي وإن كان يصعب على الدائن في هذه الحالة أن يثبت حصول الإعذار.

أما في المسائل التجارية فيكفي فيها أن يتم الإعذار بورقة غير رسمية، وفقاً للعرف التجاري، بل يكفي الأخطار الشفوي في الأحوال التي يكتفي فيها العرف التجاري بهذا الأخطار.

في القانون اللبناني تنص المادة ٢٥٧ موجبات وعقود على أن «تأخر المديون الذي بدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج في الأساس عن إنذار يرسله إليه بطريقة ما. وإنما يجب أن يكون خطياً (ككتاب مضمون أو برقية أو إخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام محكمة وإن لم تكن ذات صلاحية) وأن هذا الإنذار الواجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله أو أصل بدل الضرر».

وأياً كان الإجراء المتبع في إعذار المدين، سواء كان بورقة رسمية طبقاً للقاعدة العامة أو كان بورقة غير رسمية أو بإخطار شفوي وفقاً للعرف التجاري أو بمقتضى الاتفاق، فإنه يتعين أن تبدو به رغبة الدائن واضحة في أن يقوم المدين بالتنفيذ فوراً واستظهار إرادة الدائن هذه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه[١].

٣ ـ آثار الإعذار:

إن الأثر الرئيسي الذي يترتب على الإعذار هو أن المدين يصبح مسؤولاً عن التعويض عن جميع الأضرار التي تلحق بعد ذلك من جراء التأخير في التنفيذ. ولذلك وضع المشرع القواعد المنظمة للأعذار في الفصل المخصص للتعويض. غير أن هناك آثار أخرى تتجاوز بها أهمية الأعذار موضوع التعويض عن التأخير[٢]. ونستعرض من

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص ٩٧.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٨٩.

هذه النتائج أثر الأعذار في نقل تبعة الهلاك وضرورته لاقتضاء التنفيذ العيني[1].

(أ) يصبح المدين مسؤولاً عما يلحق الدائن من ضرر نتيجة لتأخره في تنفيذ الالتزام بخطئه (م ٢١٨). فترتب على الأعذار استحقاق الدائن تعويضاً عن جميع الأضرار الذي تلحق بعد ذلك من جراء التأخير في التنفيذ.

أما في الفترة السابقة على الأعذار فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢١٨ حيث تقضي بأنه «لا يستحق التعويض إلا بعد أعذار المدين» وتوافر شروط استحقاقه.

ويلاحظ أنه بالنسبة لفوائد التأخير وهي تعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يكفي مجرد أعذار عادي لاستحقاقها ـ فهي لا تسري إلا من وقت المطالبة القضائية. وسوف نعرض لذلك تفصيلاً فيما بعد.

(ب) نقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر (م ٢٠٧ مدني). المقصود بالبحث في تبعة الهلاك حالة هلاك الشيء بقوة قاهرة. ولنفهم هذا الموضوع يجب أن نرجع إلى القواعد العامة في هذا الصدد، حيث أن الأصل في هلاك الشيء بقوة قاهرة أن يتحمل المالك تبعة الهلاك. ولا يستثنى من هذا الأصل سوى حالات معدودة أهمها حالتان:

الحالة الأولى: خاصة بالعقود الملزمة للجانبين إن كانت ناقلة للملكية. إذ أن تطبيق قواعد تبعة العقد الملزم للجانبين يؤدي إلى جعل هلاك الشيء على المدين بالتسليم ولو كان قد أصبح غير مالك بأن كانت الملكية قد انتقلت إلى الطرف الآخر تنفيذاً للالتزام بنقل الملكية. ذلك أن إنقضاء الالتزام بالتسليم نتيجة لاستحالة تنفيذه بهلاك الشيء بقوة قاهرة، يؤدي حتماً إلى إنقضاء التزام الطرف الآخر بأداء المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩) ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملاً للألتزام بنقل الملكية، فالالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبعي إلا أنه ليس التزاماً ثانوياً، بل أن تنفيذه ضروري لكي يستكمل فعلاً تنفيذ الالتزام الأصلي بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم ومن ثم كان الهلاك على المدين بالتسليم حتى بعد إنتقال الملكية إلى الدائن. وعلى ذلك إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري

(١) أنظر أيضاً المادتين، ١٥٧، ١٥٨ في ضرورة الأعذار للفسخ.

الثمن، ووقعت تبعة الهلاك على البائع المدين بالتسليم (م ٤٣٧ مدني).

في القانون اللبناني، كما هو الشأن في القانون الفرنسي فقد استثنى من هذه القاعدة العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية حيث جعل تبعة الاستحالة بسبب هلاك الشيء على المالك (م ٣/٢٤٣ موجبات وعقود).

الحالة الثانية: هي حالة الحائز سيء النية. والحائز، سواء كان حسن النية أو سيء النية مدين برد الشيء إلى مالكه. فإذا هلك الشيء بقوة قاهرة، كان الهلاك على المالك إن كان الحائز حسن النية. أما إذا كان الحائز سيء النية، يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجىء، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه (م ٩٨٤)[١].

أما في غير هذه الحالات الاستثنائية، فالقاعدة أن هلاك الشيء بقوة قاهرة على مالكه ولو كان الشيء محلاً للالتزام بالتسليم، وسواء كان المالك مديناً في هذا الالتزام، كالمؤجر عليه التزام بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر عند بدء الإيجار، أو كان المالك دائناً وهذا هو الغالب، مثل ذلك أن تهلك العين المؤجرة بين يدي المستأجر وهو مدين بردها عند إنتهاء عقد الإيجار، ومثله في عقد المقاولة إذا تسلم المقاول شيئاً لإصلاحه فهلك قبل رده لرب العمل، وفي عقد الوديعة سواء كانت بأجر أم بغير أجر إذا هلك الشيء المودع لدى المودع عنده. فيكون هلاك الشيء على المؤجر أو رب العمل أو المودع. وهو مالك للشيء ودائن بتسلمه. هذا هو الأصل.

ولكن من شأن الإعذار أن ينقل تبعة الهلاك - فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم فإنه يجب أن نفرق بين أثر أعذار المدين للدائن وأعذار الدائن للمدين. فإذا أعذر البائع المشتري طالباً إليه أن يتسلم المبيع[٢]، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن، من البائع إلى المشتري، لكن يجب أن نلاحظ أنه في حالة إعذار الدائن، المشتري، للمدين بالتسليم، البائع، قبل هلاك الشيء بقوة قاهرة، ثم هلاكه قبل التسليم، فإن هذا الأعذار لن يغير من تبعة الهلاك، إذ تبقى على المدين بالتسليم وينقضي التزام الدائن أي المشتري بدفع الثمن.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٠، ٩١.
(٢) وهذا أعذار من المدين للدائن سوف نتعرض له تفصيلاً عند الكلام عن أحكام الوفاء.

وفي الحالات الأخرى التي يكون فيها تبعة الهلاك على المالك، الدائن في الالتزام بالتسليم، فإن أعذار الدائن للمدين يؤدي إلى إنتقال تبعة الهلاك من الدائن، المالك، إلى المدين بالتسليم. فإذا لم ينفذ المستأجر التزامه برد العين للمؤجر عند إنتهاء عقد الإيجار، وأعذر المؤجر المستأجر طالباً إليه تسليم العين، وهلكت العين بعد الأعذار وقبل التسليم، فأن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر، من الدائن إلى المدين. فالمدين بالرد هو المستأجر، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد (المالك) فأعذر المؤجر المستأجر مطالباً إياه بالرد. ثم هلكت العين المؤجرة بعد الأعذار، فترتب على الأعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الأعذار على الدائن. ويصدق نفس الكلام على المقاول والمودع عنده إذا ما أعذرهما رب العمل أو المودع ـ وهذا ما تنص عليه المادة ٢٠٧ مدني حيث تقضي بأنه «إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الأعذار على الدائن».

والأساس في نقل تبعة الهلاك بعد الأعذار إلى المدين قرينة مقتضاها أنه لو كان المدين قد قام بالتنفيذ بمجرد أعذاره فسلم الشيء إلى الدائن، لما هلك الشيء بهذا الحادث الفجائي، غير أن هذه القرينة ليست قاطعة ـ فقد نصت المادة ٢/٢٠٧ على أنه «لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر. إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعية الحوادث المفاجئة».

في القانون اللبناني تقع تبعة هلاك الشيء المبيع قبل تسليمه على المشتري لأنه أصبح مالكاً وبالتالي تقع عليه التبعة (م ٣/٢٤٣ و م ٣٩٦ موجبات وعقود) ويترتب على ذلك أنه يظل ملزماً بدفع الثمن. لكن يترتب على أعذار المشتري للبائع بتسليمه الشيء المبيع وامتناع البائع عن ذلك إنتقال تبعة الهلاك إلى البائع.

ومع ذلك يتحمل المدين تبعة الهلاك إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه (م ٣/٢٠٧).

(جـ) إقتضاء التنفيذ العيني. فقد نصت المادة ١/٢٠٣ على أنه «يجبر المدين بعد أعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً».

على أنه ينبغي تحديد دور الأعذار في التنفيذ العيني.

ولذلك فأنه لا محل للأعذار في الأحوال التي يتحقق فيها التنفيذ العيني بحكم القانون، كانتقال ملكية المنقول المعين بالذات من وقت العقد بحكم القانون. كما أنه في الحالات التي يتم فيها التنفيذ بواسطة السلطة العامة ممثلة في المحضر، فإن إشتراط الأعذار لا يضيف جديداً، سواء في صورة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، فيتم التنفيذ الجبري عن طريق الحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني أو في صورة الالتزام التي يجوز فيها الالتجاء إلى المحضر لقهر المدين على التنفيذ العيني، كما في الالتزام بتسليم عقار حيث يقوم المحضر بقهر المدين على تسليمه للدائن. ففي الحالتين يجب، بمقتضى المادة ٢٨١ مرافعات أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي وإلا كان باطلاً. ويشتمل الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبياء المطلوب. وبذلك يتضح أن التنفيذ الجبري بواسطة المحضر لن يكون صحيحاً إلا إذا كان معذراً[١].

ولا يعني إشتراط الأعذار لاقتضاء التنفيذ العيني أن الدعوى التي يرفعها الدائن مطالباً بالتنفيذ العيني لا تكون مقبولة إلا إذا سبقها أعذار المدين، إذ أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر أعذاراً ويقتصر أثر هذا الشرط على أنه إذا كان الدائن لم يقم بأعذار المدين قبل رفع الدعوى فبادر المدين، بمجرد أن أعلن بصحيفتها، إلى تنفيذ التزامه عيناً، فلا يجوز الحكم عليه بمصروفات التقاضي، وإنما يتحملها الدائن.

حيث أن المدين لا يعتبر متأخراً ما دام لم يعذر قبل رفع الدعوى وما دام قد بادر إلى التنفيذ بمجرد رفعها فخسر الدائن مصروفات التقاضي وينحصر في هذه الخسارة جزاء إغفال الأعذار. وبذلك يتضح أن المادة ٢٠٣/١، في إشتراطها للأعذار لاقتضاء التنفيذ العيني، ليست لها سوى أهمية محدودة[٢].

المطلب الثاني: النظام القانوني للتعويض

الأصل أن القاضي هو الذي يقدر التعويض المستحق. لكن هذا التقدير لا يتم إلا إذا توافرت شروط استحقاقه. ولذلك يجب أن نعرض لشروط استحقاق التعويض

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٩٣.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٤ وبصفة خاصة هامش ٢.

ثم نعرض بعد ذلك لقواعد هذا التقدير، سواء من حيث طريقة التقدير، وعناصر هذا التقدير، ومداه، ثم لوسائل تنفيذ الحكم بالتعويض.

أولاً: شروط استحقاق التعويض (إحالة)

القاعدة أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه» (م ٢١٥ مدني).

وهذا النص ينصرف إلى المسؤولية المدنية بنوعيها، سواء أكانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، ويتضح من ذلك أن شروط استحقاق التعويض هي نفس أركان المسؤولية المدنية. وهذه الأركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

وقد نص القانون اللبناني على نفس هذه الأحكام في المادة ٢٥٤ موجبات وعقود وما بعدها. فتنص المادة ٢٥٤ موجبات على أنه «في حالة التعاقد يكون المديون مسؤولاً عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلاً في الأحوال المبينة في المادة ٣٤١».

كما تنص المادة ٢٥٥ موجبات على أنه «في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء يكون المدين مسؤولاً لمجرد عدم تنفيذ العقد، بل يكون إلحاق التبعة به موقوفاً على إرتكاب خطأ يجب على الدائن إثباته. ويعين القانون درجة أهميته».

وتنص يالمادة ٢٥٦ موجبات وعقود أيضاً على «أن شروط نسبة الضرر، في حالة عدم التعاقد معينة في المادة ١٢٢ وما يليها».

ولذلك نحيل إلى ما سبق أن درسناه بصدد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الجزء الأول من نظرية الالتزام والخاص بمصادر الالتزام، واشترط القانون لاستحقاق التعويض عن التأخير شرطاً إضافياً وهو الأعذار على النحو السابق بيانه.

ثانياً: قواعد تقدير التعويض

في هذا الصدد سوف ندرس طريقة التعويض، ثم نعرض بعد ذلك لعناصره لنقف بعد ذلك على مداه.

١ ـ طريقة التعويض: التعويض النقدي والتعويض العيني:

الأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض. كما أن الأصل أن يقدر التعويض بالنقد، حيث أن الحكم بالتعويض النقدي يتميز ببساطته. كما أن صدور الحكم به كفيل بحسم المنازعات، إذ من اليسير على الدائن أن يستوفي التعويض النقدي قهراً بالتنفيذ على أموال المدين وبيعها.

ومع ذلك يجوز للقاضي، إذا طلب الدائن ذلك، أن يقضي بتعويض بغير النقود. وهذا ما يسمى بالتعويض العيني. مثال ذلك: في الالتزام بالمحافظة على شيء، أن يخل المدين بالتزامه فيسرق الشيء نتيجة لأهماله فيطلب الدائن إلزامه بأن يسلم شيئاً مثله، أو يصاب الشيء بتلف فيطلب الدائن إلزامه بأن يقوم بإصلاحه.

ويستفاد بذلك من أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة الحكم على المدين بالتعويض دون أن يحدد طريقة هذا التعويض (م ٢١٥ مدني). كما أنه ليس في المبادىء العامة ما يبرر منع القاضي من الحكم بأداء أمر آخر غير النقود إذا طلب الدائن ذلك ورأى القاضي أن إجابة هذا الطلب أنسب في تعويض الضرر[١] بل أن المشرع قد أجاز التعويض العيني صراحة في المسؤولية التقصيرية. فمقتضى المادة ٢/١٧١ مدني «يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً لظروف وبناء على طلب المضرور، يأن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض» ولا مبرر لجعل حكم هذا النص قاصراً على المسؤولية التقصيرية، بل يجب تطبيقه بطريق القياس في حالة الإخلال بالتزام بالمعنى الدقيق[٢]، كالالتزام العقدي.

وفي القانون اللبناني تنص المادة ١٣٦ موجباب وعقود على أن «يكون التعويض في الأصل من النقود. ويخصص كبدل عطل وضرر. غير أنه يحق للقاضي أن يلبسه شكلاً يكون أكثر موافقة لمصلحة المتصرر فيجعله حينئذٍ عيناً. ويمكن أن يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد».

ويترتب على اعتبار أن التعويض النقدي هو الطريق الأصلي في التعويض ما يلي:

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٩.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٩، ١١٠.

أ - أن القاضي لا يحكم بالتعويض العيني من تلقاء نفسه، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب من الدائن نفسه.

ب - إذا طلب الدائن الحكم بتعويض عيني فليس حتمياً أن يجيبه القاضي إلى طلبه لأن الأمر جوازي للقاضي.

جـ - إذا طلب الدائن التعويض النقدي فليس للقاضي أن يحكم له بتعويض عيني، ولو عرض المدين ذلك.

وكل ذلك راجع إلى أن الحكم بتعويض عيني قد يكون في بعض الأحيان سبباً لمنازعات جديدة. مثل ذلك أن يلزم القاضي المدين بأن يقوم على سبيل التعويض العيني بإصلاح بالشيء الذي تسبب في تلفه، فقد يثور النزاع بعد ذلك بين المدين والدائن، فيدعى الأول أنه قد قام بما أمر به، ويدعى الثاني أن ما تم من إصلاح لم يكن كافياً. كما أن التعويض العيني قد يتطلب تدخل المدين وقد لا يمتثل هذا لأمر القضاء، فيقتضي الحال الحكم عليه بغرامة تهديدية، وقد ينتهي الأمر بعد ذلك كله، إذا أصر المدين على ألا يؤدي التعويض العيني رغم الغرامة التهديدية، إلى الحكم عليه بتعويض نقدي[1].

ومما سبق يتضح أن هناك فارقاً جوهرياً بين التعويض العيني والتنفيذ العيني. فالتنفيذ العيني حق للمدين كما هو حق للدائن. فللدائن الحق إقتضاء التنفيذ العيني وللمدين الحق في أن يعرضه. وعلى ذلك فإذا طلب الدائن التنفيذ العيني فحكم القاضي بالتنفيذ بطريق التعويض كان حكمه قابلاً للنقض إذا لم يبين أن التنفيذ العيني كان مستحيلاً ومرهقاً للمدين طبقاً للمادة ٢٠٣/٢ مدني. وكذلك الحال لو عرض المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً صحيحاً، فيتعين الحكم به ولو طلب الدائن تعويضاً نقدياً. وعلى العكس، إذا وجب التنفيذ بمقابل فللقاضي إذا طلب الدائن الحكم له بالتعويض العيني أن يحكم بتعويض نقدي، ولو لم يكن التعويض العيني مستحيلاً أو مرهقاً، وذلك لأن الأمر جوازي للقاضي. فيجوز له أن يقدر تبعاً للظروف ما إذا كان طريق التعويض العيني المطلوب مناسباً أو غير مناسب، ولا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض. وإذا طلب الدائن التعويض النقدي فلا يجوز الحكم

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١١٠.

بتعويض عيني ولو عرض المدين ذلك.

ومعيار التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني يكمن فيما يحصل عليه الدائن لا بما يقوم به المدين، حيث لا عبرة بما يقوم المدين فعلاً بأدائه بنفسه. فإذا كان من شأن التنفيذ المطلوب أن يؤدي إلى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين كان ذلك تنفيذاً عينياً للالتزام. أما إذا كان من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى حصول الدائن على شيء آخر، فإن التنفيذ يكون بمقابل، بطريق التعويض النقدي إذا كان محله نقوداً، أو بطريق التعويض العيني إذا كان محله شيئاً آخر غير النقود[1].

وتطبيقاً لذلك في الالتزام بالامتناع عن عمل، إذا قام المدين بالعمل الممنوع فطالب الدائن بإزالة المخالفة التي وقعت كانت الإزالة تنفيذاً عينياً[2]، للالتزام بالنسبة للمستقبل فهي ليست تعويضاً عينياً إذ أن الدائن في هذه الحالة لن يحصل بالنسبة للمستقبل على مقابل لما التزم به المدين، بل على عين ما التزم به بمنع العمل الذي التزم المدين بالامتناع عنه[3].

كما أن العبرة في التنفيذ العيني بما يحصل عليه الدائن لا بما يقوم المدين فعلاً بأدائه بنفسه، حيث أن ذلك ليس إلا وسيلة لتحقيق هذا الغرض. فمثلاً في الالتزام بإعطاء شيء معين بنوعه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن بمقتضى المادة ٢٠٥/٢ مدني أن يطلب إذن القاضي في الحصول على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين. وكذلك في الالتزام بإنجاز عمل معين لا تكون شخصية المدين ملحوظة فيه، إذا امتنع المدين عن التنفيذ جاز للدائن بمقتضى المادة ٢٠٩/١ مدني أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين. في هاتين الحالتين لن يقوم المدين بتنفيذ عين التزامه بنفسه، بل سيقتصر الأمر بالنسبة إليه على دفع مبلغ من النقود. ولكن العبرة في التنفيذ العيني هو بما يحصل عليه الدائن فذلك هو الغرض منه. أما ما يقوم به المدين فليس إلا وسيلة لتحقيق هذا الغرض[4].

---

(١) أنظر: إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١١١، ص ١١٣.
(٢) قارن السنهوري، الوسيط، فقرة ٤٤٠، ص ٧٩٧، ٧٩٨.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ١١١.
(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ١١٢.

٢ ـ عناصر التعويض:

قدمنا أن التعويض قد يكون مستحقاً مقابل التأخر في التنفيذ، أو مقابل عدم التنفيذ. والتعويض في الحالتين له غرض أساسي هو جبر الضرر الذي أصاب الدائن. ولهذا فإن هذا التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب (م ٢٢١ مدني). وتنص المادة ٢٦٠ موجبات وعقود على أنه «يجب أن يكون بدل العطل والضرر معادلاً تماماً للضرر الواقع أو الربح الفائت».

وكما هو واضح فإن للتعويض عنصرين: ما أصاب الدائن من خسارة، وما ضاع عليه من الكسب. ومثال ذلك أن المدين لا يقوم بتنفيذ التزامه بتسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن، في هذه الحالة يلتزم المدين بدفع تعويض يمثل ما لحق الدائن من خسارة قيمة البضاعة، وما فاته من كسب، الربح الذي كان يأمل الحصول عليه عند إعادة بيعها.

وعلى ذلك فإنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره في ذلك. وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه. وقد يتحقق أيضاً في حالة عدم التنفيذ. كما إذا لم يقم الوكيل بقيد الرهن لمصلحة موكله، ويتبين أن تخلف الوكيل عن القيد لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعاً، إذ ثبت أن هذا القيد لا يعود بأدنى فائدة على الموكل بسبب كثرة الرهون السابقة التي تثقل العقار وتستغرق ما يزيد عن قيمته.

وإذا كان من الثابت أن حق الدائن في التعويض ينشأ من يوم وقوع الضرر (أو من يوم الأعذار) إلا أن العبرة في تقويم الضرر بوقت صدور الحكم، لأنه قد يتغير حجم الضرر، بالزيادة أو النقصان، أو تتغير قيمته بتغير الأسعار. في مثل هذه الحالات يتعين على القاضي أن يحدد مبلغ التعويض على أساس قيمة الضرر وقت النطق بالحكم، إذ بذلك فقط يتحقق الغرض الأساسي من التعويض وهو جبر الضرر. كما أن هذا المبدأ يبرره اعتبار عملي وهو محاربة ما قد يؤدي إليه انخفاض العملة من ميل لدى المسؤول في إطالة أمد النزاع عن طريق الطعن في الحكم بكل طرق الطعن العادية وغير العادية[1].

(١) عبد المنعم البدرواي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٧٥.

ومما تجدر ملاحظته أنه في بعض الأحوال يكون لقواعد المسؤولية، علاوة على وظيفتها في جبر الضرر عن طريق التعويض، وظيفة أخرى وقائية بما تتضمنه من معنى العقوبة الخاصة. وهذا يتجلى بصفة خاصة في مسلك القضاء في كل من فرنسا ومصر عند تقدير مبلغ التعويض والأخذ بالأعتبار جسامة الخطأ.

لكن الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر يذهب إلى وجوب الفصل التام بين التعويض المدني والعقوبة الجنائية وذلك بمراعاة مقدار الضرر فحسب، ودون نظر لجسامة الخطأ، عند تقدير مبلغ التعويض فيشمل التعويض كل الضرر مهما كان الخطأ يسيراً، ولا يتجاوز الضرر مهما كان الخطأ جسيماً[١].

بالرغم من هذا الموقف من جانب الفقه إلا أن القضاء لم يحد عن السابق، بل أن هذا المسلك يجد له سنداً في بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي والمصري، علاوة على بعض نصوص التشريعات الحديثة في فرنسا. ففي التقنين المدني الفرنسي والمصري لم يغفل المشرع جسامة الخطأ أغفالاً تاماً، فاستثنى المدين الذي ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً من قاعدة قصر المسؤولية التعاقدية على الضرر المتوقع. كما أن التقنين المدني الحالي في مصر قد أوجد سنداً تشريعياً لما استقر عليه القضاء، فالمادة ٢١٤ التي تنص صراحة، في حالة الحكم بغرامة تهديدية، على وجوب مراعاة «العنت الذي بدا من المدين» عند تصفية الغرامة وتحديد مقدار التعويض النهائي. وكذلك قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ والخاص بإعادة تنظيم الغرامة في فرنسا قد نص على حالة الغرامة النهائية. وهذه الغرامة لا يتم تعديلها عند تصفيتها وإنما يحكم بها كاملة للدائن مما يترتب عليها إغتناء هذا الأخير. وبذلك يؤكد اعتناق المشرع لفكرة العقوبة الخاصة[٢]. علاوة على ذلك تنص المادة ١٧٠ على أن القاضي «يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور. مراعياً في ذلك الظروف الملابسة». والأعمال التحضيرية قاطعة في أن جسامة الخطأ من هذه الظروف[٣]. ورغم أن المادة ١٧٠ قد

---

(١) أنظر في عرض تفصيلي لرأي الفقه، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١٥ وخاصة ما ورد بها من هوامش. وانظر أيضاً عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ٥٢ ص ٧٣، ٧٤.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynés, Op. Cit., No. 641, P. 454.

(٣) أنظر الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٣٩٢ ـ ٣٩٤.

وردت في الفصل الخاص بالعمل غير المشروع، إلا أنه لا شك في أنها عامة التطبيق، إذ لا مبرر لقصرها عن المسؤولية التقصيرية[1] فضلاً عن أن المذكرة الإيضاحية صريحة في أن الأصل في قواعد التقدير القضائي للتعويض أنها لا تختلف باختلاف صور المسؤولية[2].

٣ ـ مدى التعويض:

قدمنا أن الغرض الأساسي من التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب الدائن. ولذلك كانت قيمة الضرر، كقاعدة عامة، هي العامل الأساسي في تحديد مبلغ التعويض المستحق عنه، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه قيدان: الأول خاص بكل الالتزامات سواء أكانت عقدية أم غير عقدية، والثاني خاص بالالتزامات العقدية:

أ ـ التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر:

لا يلزم المدين في المسؤولية المدنية بنوعيها إلا بالتعويض عن الضرر المباشر دون الأضرار غير المباشرة. هذا يفترض بطبيعة الحال أن هناك أضراراً تعاقبت على عدم التنفيذ أو التأخر فيه مما استلزم معه تحديد ما يسأل عنه المدين من هذه الأضرار. ولذلك كان المبدأ العام في المسؤولية المدنية بنوعيها، هو قصر التعويض على الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة (م ٢٢١/١ مدني).

والضرر المباشر هو الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١/١ مدني).

وبناء على ذلك، فإن ترك الدائن الأضرار تتلاحق واحداً في اثر آخر، رغم أنه كان يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول، يعتبر هذا خطأ من جانبه يقع عليه نتائجه ولا يسأل عنها المدين. ويمكن تبرير هذا الحكم من ناحية أخرى بأن الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية لخطأ المدين التي تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الالتزام، هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ. أما غيرها من الأضرار، وهي الأضرار غير المباشرة التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ أو التي لا

(١) أنظر: إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١٦.
(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٤٤.

تثبت كل الثبوت اتصالها، فتنقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ولا يكون المدعي عليه مسؤولاً عنها[1].

ب ـ لا تعويض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع:

بعد أن بينت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ مدني مصري القواعد العامة في كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالتزام أياً كان مصدره، وذلك ببيان عناصر التعويض، وقصر التعويض في المسؤولية المدنية على الضرر المباشر وتحديد المقصود بهذا الضرر، نصت الفقرة الثانية على أن التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر على التعويض عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع[2]، وذلك على خلاف الأمر في المسؤولية التقصيرية، فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم حيث يشمل التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع.

ويرجع الفقه أساس هذه القاعدة إلى فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين فالمسؤولية العقدية تقوم على العقد، وبالتالي يمكن تحديد نطاق المسؤولية عن طريق تحديد نطاق العقد ذاته. وتحديد نطاق العقد يقوم على أساس ما يمكن توقعه عادة وقت إتفاق الطرفين. ولذلك فالضرر غير المتوقع لا يمكن أن يكون داخلاً في هذا النطاق.

وهذا التفسير من شأنه أن يحدد نطاق هذه القاعدة ومضمونها: فمن حيث نطاق هذه القاعدة نجد أن المادة ٢/٢٢١ يلزم المدين الذي ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً بتعويض الأضرار التي تسبب فيها متوقعة كانت أو غير متوقعة. إذ لا أثر للاتفاق الصريح ذاته عن الإعفاء من المسؤولية، والتخفيف منها في هاتين الحالتين فما بال الإرادة المفترضة في ذلك. وبناء عليه إذا كان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه (أي ارتكب غشاً) أو ارتكب خطأ جسيماً[3] فإنه يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

فمن حيث مضمون القاعدة يجب أن نحدد المقصود بالضرر المتوقع، ووقت هذا التوقع ومعياره:

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ص ٦٩.
(٢) وهذه القاعدة لا تسلم من النقد، أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص ٨٧.
(٣) الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصراً.

(أ) فمن حيث المقصود بالضرر المتوقع فإنه لا يكفي أن يكون الضرر متوقعاً في سببه أو وقوعه لكي يسأل المدين عن تعويضه كاملاً. بل يجب أن يكون متوقعاً في مقداره، فلا يسأل المدين إلا عن القدر المتوقع منه[1].

(٢) العبرة في توقع الضرر بوقت التعاقد. فلو أن الضرر لم يكن متوقعاً وقت العقد، ولكنه صار ممكن التوقع بعد ذلك أي في الفترة ما بين انعقاد العقد والأخلال بالألتزام، فلا يكون المدين مسؤولاً عن تعويضه.

(٣) معيار توقع الضرر موضوعي مجرد. فالضرر المتوقع، وفقاً لنص المادة ٢/٢٢١، هو «الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة» فليس المقصود هو الضرر الذي توقعه المدين فعلاً أو الذي كان يستطيع هذا المدين بالذات أن يتوقعه، وإنما الضرر الذي كان يمكن أن يتوقعه الشخص العادي لو وجد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين[2].

علاوة على ما تقدم فإنه يلزم أن يكون الضرر محققاً، سواء أكان حالاً أم مستقبلاً على النحو السابق بيانه في الجزء الأول. كما أنه يمكن التعويض على تفويت الفرصة على اعتبار أن هذا التفويت في ذاته أمر محقق ويجب التعويض عنه. كما أن التعويض يشمل كلاً من الضرر المادي والضرر الأدبي على النحو السابق بيانه في الجزء الأول.

ثالثاً: وسائل تنفيذ التعويض

في هذا الصدد يجب التفرقة بين التعويض النقدي والتعويض العيني. في الغالب يكون التعويض مبلغاً من النقود. وعلى ذلك فإن وسائل تنفيذه كوسائل التنفيذ العيني، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري. والالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون تنفيذه العيني ممكناً دائماً، طوعاً أو جبراً. فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن، ولم يدفع المدين هذا التعويض إختيارياً جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري، بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين نقداً من الثمن.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٦٩، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٧٠.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٤٥٣ ص ٧٧١، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٧٠، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٧١.

أما إذا كان التعويض عينياً فقد يتطلب تدخل المدين وقد لا يمتثل لأمر القضاء فيقتضي الحال الحكم عليه بغرامة تهديدية وقد ينتهي الأمر بعد ذلك كله، إذا أصر المدين على ألا يؤدي التعويض العيني رغم الغرامة التهديدية، إلى الحكم عليه بتعويض نقدي.

المبحث الثاني

(الشرط الجزائي) التعويض الاتفاقي

بعد أن وضعت المادة ١/٢٢١ مدني المبدأ وهو أنه «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره..» جاءت المادة ٢٢٣ مدني لتنص على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق، ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ وعلى ضوء ذلك يجب أن نعرض أولاً للتعريف بالشرط الجزائي، وثانياً: لتكييفه القانوني، وثالثاً: لآثاره وسلطة القاضي إزاءه.

المطلب الأول: التعريف بالشرط الجزائي

وفي هذا الصدد نعرض لماهية الشرط الجزائي والغرض منه، ثم نقوم بعد ذلك بالتمييز بينه وبين ما يشتبه به من أنظمة.

أولاً: ماهية الشرط الجزائي والغرض منه

١ ـ تعريف الشرط الجزائي:

إذا كان الأصل، أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض على النحو السابق بيانه، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إتفاق الطرفين مقدماً على مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه.

فالشرط الجزائي إتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه[1] وسمي بالشرط الجزائي لأنه

---

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 456 p. 476 et s V'notam, No. 462, p. 482 sur la Loi du 9 juillet 1975, Ph Malauire, L. Aynès, Op. Cit., No. 513 p. 956 et s, J. Carbonnier, Op. Cit., No. 78 p. 290. et s.

يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه. لكن قد لا يدرج الشرط الجزائي في صلب العقد الأصلي بل يتضمنه إتفاق لاحق (م ٢٢٣ مدني). في هذه الحالة ينبغي أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على واقعة إخلال المدين بالتزامه، أي سابقاً على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، لأنه إذا كان لاحقاً لها فإنه يعتبر صلحاً لا شرطاً جزائياً، وتسرى عليه القواعد التي تضمنتها المواد ٥٤٩ ـ ٥٥٧ مدني في الفصل الخاص بعقد الصلح[١].

ولذلك تنص المادة ٢٢٣ مدني مصري على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق..» كما تنص المادة ٢٢٦/١ موجبات وعقود بأن «للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه».

كما أنه ليس هناك ما يمنع من الألتجاء إلى الشرط الجزائي في تقدير التعويض المستحق عن الأخلال بالتزام غير عقدي، فمثلاً إذا كان الإخلال بالعقد مكوناً لجريمة كجريمة خيانة الأمانة، واتفق المتعاقدان سلفاً على التعويض الذي يستحق في هذه الحالة فإن هذا الاتفاق ينصرف إلى تعويض عن مسؤولية تقصيرية، وكذلك الاتفاق على تعويض يستحقه الدائن في حالة فسخ العقد، أو الرجوع في وعد كالوعد بالزواج فإن ذلك يعتبر تعويضاً عن الإخلال بالتزام غير عقدي[٢].

وكما هو الواضح فإن الشرط الجزائي قد يكون شرطاً جزائياً عن عدم التنفيذ وذلك إذا اتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وقد يكون شرطاً جزائياً عن التأخير، وذلك إذا اتفق الطرفان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في التنفيذ. ومن أمثلة الأول، ما تحدده السكة الحديد وشركات النقل من مبلغ معين تدفعه المصلحة أو الشركة إذا ما فقد طرد أو تلف[٣]، ومن أمثلة الثاني، ما ينص عليه في عقود

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٧٥، وتشير المذكرة الإيضاحية أيضاً إلى التفرقة بين الشرط الجزائي والتجديد.

(٢) أنظر في ذلك وفي أمثلة أخرى السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٤٧٧ ص ٨٥١ هامش ٢، وانظر أيضاً: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩٣، ص ١٦٦.

(٣) يجب التمييز في هذا الصدد بين الشرط الجزائي كتقدير جزافي للتعويض ليس للقاضي سلطة حياله إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها كما سنرى، وبين الشرط الذي يضع حد أقصى =

المقاولات من التزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية معينة يتأخر فيها عن إتمام العمل الذي تعهد به. ومثل هذا في عقد التوريد. ومن هذا القبيل في الالتزام بدفع مبلغ من النقود، الاتفاق على فائدة يلزم بها المدين إذا تأخر في الوفاء، هذه الفوائد الاتفاقية تخضع لأحكام خاصة سنعالجها عند دراسة التعويض القانوني. ولا تقتصر أمثلة الشرط الجزائي على بعض العقود دون بعض، بل كثيراً ما نجده في العقود الجارية كالبيع والإيجار[1].

وإذا كان الغالب أن يكون الشرط الجزائي مبلغاً من النقود إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير ميعاد في استعمال الحق أو تشديد في شروط استعماله أو غير ذلك. مثل ذلك اشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها، أو إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر الأرض بعد إنتهاء الإيجار خالية من الزراعة وشرط في العقد أن الزراعة التي تكون قائمة عند إنتهاء الإيجار تصبح ملكاً للمؤجر تعويضاً له عن الإخلال بهذا الاتفاق. وفي هذه الحالات لم يكن الشرط الجزائي مقدراً بمبلغ معين من النقود، وإنما كان التعويض محدداً بغير النقود.

٢ ـ الغرض من الشرط الجزائي:

الأصل في الشرط الجزائي هو أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض يقوم به الطرفان بقصد تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، ومع ذلك، هذا الغرض الذي يسعى إليه المتعاقدان لن يكون أمراً مؤكداً حيث أنه سيكون دائماً لأحد الطرفين مصلحة في المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه.

وبالرغم من ذلك فإنه قد يستعمله المتعاقدان في أغراض أخرى. فقد يقصد به التعديل من أحكام المسؤولية بالاعفاء أو التخفيف منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن الضرر المتوقع حصوله أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه. وفي

= للمسئولية وهو في الغالب في عقود النقل وينحصر أثره في عدم جواز الحكم بأزيد من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه، أما إذا قل الضرر تولى القاضي تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلي. انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٤٩١ ص ٨٠٧.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ١١٨.

هذه الحالة الأخيرة يكون غالباً للشرط الجزائي طابعاً تهديدياً.

وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيد التزام المتعهد عن الغير، بتحديد مبلغ التعويض الذي يكون مسؤولاً عنه إذا لم يقم بحمل الغير على التعهد. كما قد يوضع الشرط الجزائي في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشترط في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع، فيمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية للمشترط في إشتراطه لمصلحة الغير[1].

ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائي وغيره من الأنظمة

وحيث أن الشرط الجزائي يتضمن تقديراً إتفاقياً للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه. فإنه قد يشتبه بأنظمة قانونية أخرى كالعربون أو التهديد المالي، لذلك يجب التمييز بينه وبين هذه الأنظمة.

١ ـ تمييز الشرط الجزائي عن العربون:

وجه الالتباس بين العربون والشرط الجزائي يتأتى في حالة ما إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد بعد إبرامه، حيث أنه قد يحمل العربون على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد. لكن هناك فروق أساسية بينهما ترجع إلى إختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما.

فمن حيث الطبيعة القانونية: نجد أن الشرط الجزائي تقدير إتفاقي للتعويض في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه. بينما نجد أن العربون مقابل لحق العدول عن العقد. هذا الاختلاف في الطبيعة يكشف عن إختلاف كل منهما عن الآخر من ناحيتين:

١ ـ من حيث مناط استحقاق كل منهما. فحيث أن العربون هو مقابل الحق في العدول، فإنه مناط استحقاقه هو مجرد العدول دون النظر فيما إذا ترتب على هذا العدول ضرر أم لا، وعلى ذلك إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد مثله ولو لم يترتب على هذا العدول أي ضرر. بينما مناط استحقاق الشرط الجزائي هو وقوع ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإن لم يكن هناك ضرر فلا يستحق الدائن شيئاً.

---

(١) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٤٧٧ هامش ١ ص ٨٥٢، ٨٥٣.

٢ ـ من حيث سلطة القاضي إزاء كل منهما. وهذا الوجه من أوجه الاختلاف مرتبط إرتباطاً وثيقاً بالوجه السابق. فحيث أن مناط استحقاق العربون هو مجرد العدول دون النظر لما يترتب عليه ضرر من عدمه، لذلك ليس للقاضي أي سلطة حيال استحقاق العربون أو مقداره. بينما نجد أن مناط استحقاق الشرط الجزائي هو وقوع ضرر للدائن، ولذلك نجد أن للقاضي سلطة في التحقق من توافر شروط استحقاق التعويض الاتفاقي من عدمه، ثم له رقابة على مدى تناسب الشرط الجزائي مع الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، على النحو الذي سوف نراه.

ويترتب على أن الشرط الجزائي هو تقدير إتفاقي للتعويض أنه لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بدلياً، فلا يستطيع الدائن أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً، كما أن المدين لا يملك أيضاً هذا الخيار. ومن ناحية أخرى لا يملك المدين أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي. على العكس من ذلك يمكن تكييف العربون بأنه البدل في التزام بدلي. ففي العقد المشترط فيه عربون يقع على عاتق كل من المتعاقدين التزام أصلي محله شيء واحد، لكن يكون لأي منهما إن شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي إلى محل بدلي وهو دفع مبلغ العربون في غير مقابل.

وينبغي الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون قيمة جزائية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض إتفاقي يجوز إنتقاصه، لا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً[١].

٢ ـ تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي:

إن المنطقة التي قد يتشابه فيها الشرط الجزائي بالتهديد المالي، هي عندما يتفق المتعاقدان مقدماً على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذي يتوقعانه، ويتم تحديد هذا المبلغ بشكل تصاعدي بحيث يدفع عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن تنفيذ التزامه. في هذه الحالة يكون للشرط الجزائي طابع تهديدي أكثر من كونه تعويضاً عن الضرر. ومما يزيد هذا التشابه أنه في هذه الحالة يخفض القاضي هذا المبلغ المقدر وذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٦٤.

عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى.

في هذه الحالة، لم يبق من مميز بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية إلا **المصدر ووقت التقدير**. فالغرامة التهديدية مصدرها حكم القاضي، ووقت تقديرها يكون عند امتناع المدين عن القيام بتنفيذ التزامه بنفسه وإصراره على عدم التنفيذ. بينما الشرط الجزائي مصدره الاتفاق المسبق بين الطرفين ويكون هذا الاتفاق قبل وقوع المخالفة، أي قبل عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

في غير ذلك من الحالات فإن طبيعة الغرامة التهديدية وخصائصها كفيلة بتمييزها عن الشرط الجزائي فعلاوة على أن الغرامة التهديدية يحكم بها القاضي أما الشرط الجزائي فيتفق عليه الطرفان. **فإن الغرامة التهديدية تحكمية لا تقاس بمقياس الضرر**. فلا مقياس لها إلا المقدار الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق الغاية منها وهي حمل المدين على التنفيذ العيني. فلا يشترط فيها أن تكون مقاربة للضرر، بل لا يشترط وجود الضرر أصلاً. ويجوز للقاضي أن يزيد فيها كلما رأى داعياً للزيادة. **أما الشرط الجزائي فالأصل فيه بمقياس الضرر**. كذلك نجد **أن الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، أما الشرط الجزائي فهو تنفيذ بمقابل**. كما أن الغرامة التهديدية **حكم وقتي تهديدي، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حوله إلى تعويض نهائي**، وغالباً ما تخفض الغرامة التهديدية في هذه الحالة. **أما الشرط الجزائي فهو إتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله**. وإذا جاز تخفيضه للمبالغة في التقدير، فالأصل فيه عدم التخفيض. **هذه الطبيعة لكل منهما انعكست على كيفية تقديرهما فنجد** أن الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه. أما الشرط الجزائي فيقدر غالباً بمبلغ جزافي وخاصة إذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ. أما إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه فإنه يقدر على النحو الذي تقدر به الغرامة التهديدية كما سبق أن رأينا.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للشرط الجزائي

في هذا الصدد نتعرض للتكييف القانوني للشرط الجزائي، ثم بعد ذلك نبحث النتائج القانونية التي تترتب على هذا التكييف.

أولاً ـ الشرط الجزائي: تقدير إتفاقي للتعويض

وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية عن هذا التكييف بقولها أنه «ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير إتفاقي للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى. فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من إجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، وهي الخطأ والضرر والأعذار»[1].

وكما هو واضح فإن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر، يكون في الغالب عقداً، ويكون سبب استحقاق التعويض هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في هذا التنفيذ. والشرط الجزائي ليس إلا تقديراً مسبقاً من جانب المتعاقدين لمبلغ التعويض المستحق في الحالتين، عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

وهذا التكييف يترتب عليه عدة نتائج هامة، هذه النتائج تكشف عن طبيعة الشرط الجزائي والغاية منه ومتى يصبح مستحقاً. وهذا هو موضوع الفقرة التالية:

ثانياً: النتائج المترتبة على هذا التكييف

وهذه النتائج تترتب على تكييف الشرط الجزائي بأنه تقدير إتفاقي للتعويض وذلك بحسب تصوير المشرع في النصوص المنظمة له. وهذه النتائج تبرز طبيعة الشرط الجزائي ودوره وشروط استحقاقه على النحو التالي:

١ ـ الالتزام بالأداء المحدد في الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي:

فالشرط الجزائي لا يوجد مستقلاً بنفسه بل يوجد دائماً تابعاً لالتزام أصلي، أياً كان مصدر هذا الالتزام، وأياً كان محله[2]. فالشرط الجزائي لا ينشيء التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الأصلي، وإنما هو إتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام[3].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٧٣.

(٢) قارن أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩٧ ص ١٦٩، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٦٣، ص ٨٥٠.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ١٦٩.

ويترتب على صفة التبعية هذه عدة نتائج:

أ ـ إن الالتزام بالشرط الجزائي يتبع الالتزام الأصلي في صحته ووجوده وانقضائه. وعلى ذلك فإذا بطل الالتزام الأصلي بطل الشرط الجزائي، ولكن العكس غير صحيح فبطلان الشرط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي (أنظر المادة ١٢٢٧ مدني فرنسي) كما أنه إذا انقضى الالتزام الأصلي بأي سبب من أسباب الانقضاء ينقضي الشرط الجزائي معه بالتبعية. فإذا تم الوفاء بالالتزام الأصلي، أو إذا انقضى الالتزام الأصلي لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة، إنقضى الالتزام بالشرط الجزائي.

ب ـ إنحلال العقد المتضمن شرطاً جزائياً بالفسخ يؤدي إلى زوال الالتزام الأصلي ويزول معه بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي، حتى ولو لم يكن الشرط الجزائي قد أدرج في العقد الأصلي بل تضمنه إتفاق لاحق. والصورة العملية لهذه الحالة، أن المدين يخل بالتزامه ولم يطالب الدائن بالتنفيذ بمقابل، أي بقيمة الشرط الجزائي، وإنما فضل المطالبة بالفسخ[1] ولذلك إذا طالب الدائن بالتعويض في هذه الحالة، وجب الرجوع إلى تقدير القاضي لا إلى الشرط الجزائي، ما لم يكن الشرط الجزائي قد حدد مبلغ التعويض المستحق لحالة الفسخ بالذات، في هذه الحالة يتعين الحكم به.

جـ ـ إن جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي تلحق بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي، ويصير هذا الالتزام موصوفاً بوصف الالتزام الأصلي، بأن يصبح مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط شأنه في ذلك شأن الالتزام الأصلي.

٢ ـ الالتزام بالشرط الجزائي يعد طريقاً احتياطياً: وهذا راجع إلى أن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً إتفاقياً للتعويض المستحق في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، بالتالي تنطبق عليه القاعدة العامة في التنفيذ بمقابل من حيث كونه طريقاً احتياطياً. ويبقى التنفيذ العيني هو الأصل. وبناء على ذلك، إذا عرض المدين التنفيذ العيني فلا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض المقدر، الشرط الجزائي، عن عدم التنفيذ. كما أن الدائن لا يكون ملزماً بقبول التعويض إلا في الأحوال التي يتخلف فيها شرط من شروط التنفيذ العيني للالتزام الأصلي.

(١) A Weill, F. Terré, Op. Cit, No. 459, p. 475.

ومما تجدر الإشارة إليه أيضاً أن الاتفاق على شرط جزائي عن عدم التنفيذ لا يحول دون التجاء الدائن إلى الوسائل القانونية المقررة لإدراك التنفيذ العيني مباشرة، كالتنفيذ على نفقة المدين، أو إلى الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني كالغرامة التهديدية، وذلك إذا توافرت الشروط اللازمة في مثل هذه الحالات[١].

كما أنه لا يترتب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح التزام المدين تخييرياً أو بدلياً. فهو ليس التزاماً تخييرياً، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً. ولأن المدين هو أيضاً لا يملك هذا الخيار. بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك. وهو ليس التزاماً بدلياً، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي[٢].

٣ ـ شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض:

إذا كان الشرط الجزائي تقديراً إتفاقياً للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فانه ينبغي لاستحقاقه توافر شروط استحقاق التعويض. وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣، فأحالت إلى المواد ٢١٥ ـ ٢٢٠ وهي النصوص التي تحدد هذه الشروط. ويترتب على ذلك أن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، علاوة على إعذار المدين في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مقرراً لمواجهة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، ما لم يكن هناك حالة من حالات إعفاء الدائن من هذا الأعذار.

وعلى ذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنه لا تجوز مطالبته بالشرط الجزائي[٣]. كما أن انتفاء الضرر أو انتفاء السببية بين الخطأ والضرر، يستتبع سقوط الشرط الجزائي. فالاتفاق على شرط جزائي ليس من شأنه أن

---

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 459, p. 479.

وانظر في نفس المعنى: إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٩٠. ص ١٢٠، ١٢١.

(٢) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٤٨٢ ص ٨٦١.

(٣) إلا إذا اتفق على أن يكون الشرط الجزائي مستحقاً ولو استحال التنفيذ لقوة قاهرة. إذ يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة (م ٢١٧ مدني مصري).

يعدل من شروط استحقاق التعويض.

وبالرغم من ذلك فإن الاتفاق على شرط جزائي لا يخلو من فائدة في مجال الاثبات بالنسبة لركني الضرر والسببية ـ فمن المعلوم أن القاعدة العامة في مجال الاثبات أنه على الدائن عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه. لكن إذا اتفق مقدماً على تقدير التعويض فيكفي أن يتبين خطأ المدين فيفترض أن الدائن قد أصابه ضرر بسببه، وينتقل عبء الاثبات إلى المدين إذ يتعين عليه للتخلص من الشرط الجزائي أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر أو يثبت انتفاء رابطة السببية بينه وبين الخطأ. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٤/ ١ «لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

وفي فرنسا قد عدلت المادة ١١٥٢ مدني فرنسي وذلك بإضافة فقرة جديدة لها بمقتضى قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ تسمح للقاضي ولو من تلقاء نفسه (وذلك بعد تعديلها بقانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥) بتخفيض أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيداً وكل إتفاق مخالف يعتبر كأن لم يكن»[١].

ومع ذلك ما زال الفقه يذهب إلى أن الدائن غير ملزم بإثبات أن عدم التنفيذ قد سبب له ضرراً، بحيث أن هذا الضرر قد تم إفتراضه وتقديره سلفاً في العقد[٢]، بل أن الدائن يستحق التعويض الاتفاقي لمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه ولو لم يلحقه أي ضرر[٣]. ونحن نعتقد أن هذا هو أيضاً حكم القانوني اللبناني حيث أنه لم يرد فيه نص مقابل لنص المادة ٢٢٤/ ١ مدني مصري. وهذا الحكم يبرز بوضوح وجه الجزاء في هذا الشرط ويكشف عن الجانب الوقائي في الشرط الجزائي. وهذا ما تكشف عنه م ٢٦٦/ ٢ موجبات وعقود.

المطلب الثالث: آثار الشرط الجزائي

لا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض السابق بيانها. وعلى ذلك إذا ثبت، طبقاً للقواعد العامة، أن هناك عدم تنفيذ للالتزام أو تأخر

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 459 p. 497.

(٢) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 462, p. 483.

(٣) Ph. Malaurie, L. Aynès Op. Cit., No. 415 p. 365.

فيه من جانب المدين فإنه يفترض أنه قد أصاب الدائن ضرراً من جراء ذلك واستحق مبلغ التعويض المتفق عليه، ما لم يثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العيني. ولكن يمكن أن يجتمع مع التنفيذ العيني الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ.

وعلى ذلك يجب أن نعرض لآثار الشرط الجزائي بين الاتفاق والتعويض ثم لسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي، وأخيراً لتعلق هذه الأحكام بالنظام العام.

أولاً: آثار الشرط الجزائي بين الاتفاق والتعويض

الشرط الجزائي باعتباره إتفاقاً على تقدير التعويض يعبر عن فكرتين متعارضتين، الاتفاق والتعويض. فحيث أن الشرط الجزائي إتفاق، فأنه ينبغي احترام ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، فالعقد شريعة المتعاقدين وحيث أن الشرط الجزائي ليس إلا تعويضاً قدره المتعاقدان مقدماً عن الضرر الذي توقعا حدوثه إن لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في التنفيذ، فانه ينبغي أن يكون التعويض الاتفاقي بقدر الضرر الذي يصيب الدائن فعلاً.

ولذلك فإن تنظيم الشرط الجزائي كان إنعكاساً لهاتين الفكرتين وإن كان المشرع لم يأخذ بأي منهما على إطلاقها، وإنما حاول التوفيق بينها على النحو الآتي:

١ ـ فمن ناحية «لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر» (م ١/٢٢٤ مدني) كما أن المادة ٢/٢٢٦ موجبات وعقود تنص على أنه «قد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً...».

وهذه القاعدة تعتبر تعبيراً واضحاً عن فكرة التعويض التي تكمن وراء الشرط الجزائي. ومع ذلك فإن هذه الفكرة لم تستبعد كلية الطبيعة الاتفاقية للشرط الجزائي. ومع ذلك فإن هذه الفكرة لم تستبعد كلية الطبيعة الاتفاقية للشرط الجزائي. فقد أعفى الدائن من عبء إثبات الضرر احتراماً لإرادة المتعاقدين بافتراض أن الضرر الذي توقعا حدوثه قد حدث فعلاً. لكن احترام هذه الإرادة يجب ألا يؤدي إلى إنكار الواقع. ولذلك كان إفتراض وقوع الضرر إفتراضاً قابلاً لإثبات العكس. فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر لم يكن هناك محل لمطالبته

بالجزاء المشروط[1] كما سبق أن بينا.

٢ ـ ومن ناحية أخرى، الأصل أن يحكم القاضي بالتعويض الاتفاقي دون تعديل إذا ثبت أن الدائن قد لحقه ضرر بالفعل وبصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع ـ وهذه القاعدة تعكس الطابع الاتفاقي للشرط الجزائي ـ ذلك أن المتعاقدين، باتفاقهما مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، قد أرادا أن يتجنبا ما يثيره تقدير الضرر الواقع من صعوبات وأن يحسما مقدماً ما قد يثور من منازعات في هذا الصدد[2].

ومع ذلك فانه استثناء من هذا الأصل العام، مراعاة لاعتبارات معينة، نص المشرع على أنه يجوز للقاضي، في حالات معينة، أن يخفض هذا التعويض أو يزيد من مقداره. على النحو الذي سوف نراه في الفقرة التالية:

ثانياً: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي

إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تعتبر استثناءاً من المبدأ العام وهو القوة الملزمة للعقد، كما أن المشرع قد حدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي بهذا التعديل. وكذلك يجب أن نعرض لسلطة القاضي والقوة الملزمة للعقد، ثم بعد ذلك ندرس حالات تعديل القاضي للشرط الجزائي.

١ ـ سلطة القاضي والقوة الملزمة للعقد:

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. هذه القاعدة كانت وما زالت في فرنسا تتسم بنوع من التقديس بحيث لا يسمح للقاضي أن يعدل إتفاق الأطراف إلا في أضيق الحدود وبنصوص تشريعية. ولذلك نجد في فرنسا، إلى وقتنا هذا لم يأخذ المشرع الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة ولا بتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها إلا في حالات استثنائية وبنصوص خاصة، وقد كان إلى عهد قريب، عام

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ١٢٣.

(٢) أنظر المادة ١١٥٢/١ فرنسي وتفسير الفقه والقضاء الفرنسي لها. وانظر:

A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 426, p. 483.

وانظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٢٣.

١٩٧٥، لا يجوز للقضاء الفرنسي تعديل الشرط الجزائي. وكان الفقه يتكلم عن قدسية الشرط الجزائي أو عدم قابليته للمساس L'intangibilité فكما أن القاضي لا يملك تعديل العقد (م ١١٣٤/ ١ مدني فرنسي) فإنه بالمثل لا يملك ذلك بالنسبة للشرط الجزائي (م ١١٥٢ فرنسي قبل التعديل). بل أن المادة ١٢٣١ مدني فرنسي والتي تجيز لقاضي إنقاص الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي قد اعتبرها القضاء أنها غير متعلقة بالنظام العام.

وقد نتج عن ذلك إنتشار الشروط الجزائية الجائزة في الحياة العملية، بصفة خاصة في عقود الإيجار الإئتماني Crédit bail وعقود البيع بالأجـل La Vent à Crédit حيث كان ينص في العقد الأول على شرط جزائي مبالغاً فيه بدرجة كبيرة، وذلك باستحقاق مبلغ يساوي الأجرة المستحقـة عن المدة المتبقية في العقد كشرط جزائي عن عدم التنفيذ وفسخ العقد ورد الشيء. أما بالنسبة للعقد الثاني فقد كان ينص على أن يحتفظ البائع بالأقساط التي دفعها المشتري كشرط جزائي وذلك في حالة عدم دفع أحد الأقساط المتفق عليه وفسخ العقد بقوة القانون ورد المشتري للشيء المبيع. وكما هو واضح فإن الشرط الجزائي يكون جائراً بالنسبة للمدين في عقد الإيجار الإئتماني إذا كانت المخالفة قد وقعت في بداية العقد، وبالعكس في عقد البيع بالأجل، إذا كان إخلال المدين قد حدث قرب نهاية العقد. كما يمكن أن نجد شروطاً جزائية جائرة في عقود أخرى كثيرة[١].

ولذلك فقد كان هناك محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء الفرنسي لمحاربة هذا العسف الشديد، ولكن لم يكتب لها النجاح. كما لاحظ الفقه أن فرنسا كانت الدولة الوحيدة تقريباً في أوروبا التي لم تأخذ بنظام مراجعة الشرط الجزائي[٢].

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك

Ph. Malaurie, La révision Judiciaire de la clause Pénale (Loi No. 15. 597 du 9 juillet 1975 Defrénois, 15 Avril 1976, 31075, p. 533 et S.

(٢) ففي انجلترا نجد أنه لا يجوز أن يتجاوز الشرط الجزائي الضرر الذي أصاب الدائن، ويقع باطلاً الشرط الجزائي الذي يزيد عن الضرر الثابت، بينما يقع صحيحاً الشرط الذي يحدد مبلغ أقل من هذا الضرر. التقنين المدني الألماني (343 B.C.B) وليس التقنين التجاري (348, E. G. B) ينص على أنه عندما يكون الشرط الجزائي المستحق مبالغاً فيه بدرجة ظالمة فانه يمكن، بناء على طلب المدين تخفيضه قضائياً إلى مبلغ معقول ـ وينبغي أن يؤخذ في الاعتبار كل المصالح =

ولذلك قد تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضع حداً لهذا العسف وذلك بإضافته فقرة جديدة إلى المادة ١١٥٢ لتصبح على النحو التالي:

١ ـ «إذا تضمن الاتفاق أن من لم يقم بتنفيذه يدفع مبلغاً معيناً على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل». «٢ ـ ومع ذلك، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل قانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥)، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه، إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو كان زهيداً». «٣ ـ كل إتفاق يخالف ذلك يعتبر كأن لم يكن».

كما أن المادة الثانية من هذا القانون قد عدلت نص المادة ١٢٣١ مدني فرنسي تعديلاً جوهرياً، وأصبحت الآن تجري على النحو التالي:

١ ـ عندما يتم تنفيذ الالتزام في جزء منه، يجوز للقاضي أن ينقص الجزاء المتفق عليه بالتناسب مع ما عاد من فائدة على الدائن من التنفيذ الجزئي وذلك دون مساس بتطبيق نص المادة ١١٥٢.

٢ ـ كل إتفاق على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن».

وبذلك قد غلب المشرع اعتبارات العدالة على مبدأ القوة الملزمة للعقد وأعطى للقاضي دوراً إيجابياً في تعديل الشرط الجزائي.

وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية أن ترسي بعض المبادىء بصدد تطبيق هذا التعديل الجديد. فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يجوز للقاضي إلا تعديل الجزاء دون أن يملك إلغاءه[1] أو إنقاصه عن الضرر الذي أثبته الدائن[2]. كما

= المشروعة للدائن وليس المصالح المادية فقط. وإذا ما تم دفع الجزاء فإنه يكون من غير الممكن تخفيضه. التقنين المدني السويسري ينص على أنه «يجب على القاضي تخفيض الشرط الجزائي الذي يكون مبالغاً فيه» وقد تم تعزيز هذا النص بقاعدة تحظر في حالة فسخ البيع بالأجل إحتفاظ البائع بملكية ما استلمه من أقساط «كما أن التقنين المدني الإيطالي ينص في المادة ١٣٨٤ على أنه «عندما يتم تنفيذ الالتزام الأصلي جزئياً أو عندما يكون الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فإنه يجوز للقاضي، مراعياً للعدالة. أن يخفض هذا الشرط مع الأخذ في الأعتبار ما يكون قد عاد على الدائن من فائدة.

(١) Com. 9 Juin 1980 B. Iv, No. 245; 3 fév. 1982, B. Iv, No. 44.

(٢) Com. 3. fév. 1982, précite.

أنها ذهبت إلى أنه يجب على القاضي أن يسبب قراره بتعديل الشرط الجزائي[١] على عكس ذلك ذهبت المحكمة، خلال فترة معينة إلى أن القاضي غير ملزم بتبرير قراره في حالة رفضه التعديل. وقد أسست المحكمة قضاءها في ذلك على أن عدم المساس بالشرط الجزائي هو الأصل (م ١١٥٢/ ١) وأن التعديل القاضي لهذا الشرط هو الاستثناء (م ١١٥٢/ ٢)[٢]. وقد تطور قضاء المحكمة في إتجاه التخفيف من ذلك أو لم تعد تتطلب من القاضي إلا أن يعطي تبريراً مختصراً لقراره برفض تعديل الشرط الجزائي[٣]. علاوة على ذلك كانت المحكمة تحظر على المحاكم الدنيا تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها، إلى أن تدخل المشرع بقانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥ ليخالف في ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ويجيز للمحاكم أن تتصدى لمراجعة الشرط من تلقاء نفسها.

وفي فرنسا تساءل الفقه عما إذا كان يمكن أن تمتد سلطة القاضي في التعديل إلى الشروط الأخرى التي هي من نفس النوع، مثل الشروط المحددة للمسؤولية، وشروط العدول، وشروط الفسخ[٤] كما يرى الفقه أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ينبغي ألا يؤدي إلى نزع الطابع التهديدي لهذا الشرط. فطالما أن الأمر يتعلق بتقدير إتفاقي للتعويض، فان سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ليس لها إلا طابع محدود لأنها تتضمن اعتداء على جوهر العقد، على قوته الملزمة[٥].

وفي فرنسا إلى جانب هذا النظام العام للشرط الجزائي توجد تنظيمات خاصة. ففي عقد العمل الشرط الجزائي ممنوع في نواحي معينة (C. trav. art. L. 122-29) وفي عقود البيع المبرمة بين المهنيين والمستهلكين يجب ألا يكون الشرط الجزائي أقل من الضرر الذي أثبته المستهلك (D. 24 Mars 1978 art 2) وهذا نظام الحد الأدنى (Le Système de plancher) وإلى جانب ذلك هناك نظام الحد الأقصى (Le Système du plafond) ففي عقود الإئتمان المنقول والعقاري ينبغي ألا يزيد الشرط الجزائي عن نسبة معينة[٦] (L. 10 Janvier 1978 art 21, L. 13, Juillet 1979, art. 12, 13, 14 et 27).

(١) Com. 25 Mai 1981, B. IV, No. 246; civ. 1, 23 fév B. I. No. 85.

(٢) Civ. 3, 26 août 1978, B III, No. 160, D. 78, 349, 17 Juill 1978, B. III, No. 292.

(٣) Civ. 9 fév. 1983, Epx. Ancelin, B. I. No. 55.

(٤) Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 515 p. 359.

(٥) Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 515 p. 359.

(٦) أنظر في ذلك:
Ph.Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 516 p. 359.

٢ ـ حالات تعديل القاضي للشرط الجزائي:

هناك ثلاث حالات يجوز أن يتدخل القاضي فيها ليعدل الشرط الجزائي. حالتان يجوز للقاضي فيهما أن يخفض الشرط الجزائي، وحالة واحدة يجوز له فيها أن يزيد الشرط الجزائي. لكن ما هي الشروط أو الظروف الواجب توافرها حتى يستطيع القاضي أن يمارس هذه السلطة؟ هذا ما سنراه في الفقرات التالية.

أ ـ حالات تخفيض الشرط الجزائي:

هناك حالتان لتخفيض الشرط الجزائي، وهما كالآتي:

(١) الحالة الأولى: إذا كان تقدير الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة:

المبدأ أن الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة. ولذلك لا يكفي أن يثبت المدين أن الشرط الجزائي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا الشرط، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للشرط الجزائي. فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية، حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مجحفاً بالمدين (م ٢٢٤/٢ مدني مصري و ١١٥٢/٢ مدني فرنسي) وعبء الإثبات يقع على المدين، حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر، لا إلى الحد المساوي للضرر، آخذاً في الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين.

وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في التعويض المشروط أو فيما يراه حداً مناسباً لتخفيضه. ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض.

في القانون اللبناني تنص المادة ٢٦٦/٢ موجبات وعقود على أنه «قد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المديون على الإيفاء. ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة.

وهذا النص يعبر عن الحالة الغالبة في الشرط الجزائي والذي يقصد من ورائه الضغط على المدين لحمله على تنفيذ الالتزام وبالتالي الوقاية من عدم التنفيذ. ولذلك نجد أن المشرع اللبناني حاول أن يوفق بين الطبيعة المزدوجة للشرط الجزائي (الاتفاق والتعويض) بأن وضع المبدأ العام بعدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي وتنفيذ الالتزام ولكنه استثناء غلب الجانب الاتفاقي والجزائي للشرط في حالتين: **الأولى**: إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لمواجهة مجرد تأخير المدين في تنفيذ الالتزام فأجاز حينئذٍ الجمع بين التنفيذ والشرط الجزائي حتى ولو لم يصب الدائن ضرر من هذا التأخير. **الثانية**: حالة ما إذا كان الشرط الجزائي قد وضع على سبيل إكراه المدين وحمله على تنفيذ التزامه وفي هذه الحالة بالذات يحكم بالشرط الجزائي ولو لم يصب الدائن ضرر لكنه بشرط ألا يكون الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أي لا يكـون فاحشاً كما تنص المادة ٢٦٦/٢ موجبات على ذلك. وهذه الحالة تختلف عن الحالة السابقة في أن الشرط الجزائي وضع بقصد إرهاب المدين وحمله على تنفيذ التزامه ومع ذلك يمتنع المدين عن التنفيذ ثم يعود ويقوم بالتنفيذ العيني لالتزامه هنا يستحق الدائن الشرط الجزائي بشرط ألا يكون فاحشاً. وهذه الحالة تبرز الوظيفة الأساسية للشرط الجزائي في الحياة العملية وتكشف عن الجانب الوقائي من عدم التنفيذ والذي يقصده المتعاقدان غالباً من الاتفاق عليه. وبذلك يكون المشرع اللبناني قد سمح للشرط الجزائي بأن يؤدي دوره كاملاً في الحياة القانونية والاقتصادية.

لكنه في جميع الأحوال يكون للقاضي أن يبسط رقابته على الشرط الجزائي بحيث ألا يكون فاحشاً وهذا ما يتضح بجلاء من عجز الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ موجبات وعقود والتي تنص على أن «ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة».

(٢) الحالة الثانية: تنفيذ الالتزام في جزء منه (م ٢٢٤/٢ مدني مصري م ٢٦٦/٣ موجبات وعقود لبناني، م ١٢٣١/١ مدني فرنسي).

في هذه الحالة يفرض القانون تخفيض التعويض المتفق عليه بالتناسب مع التنفيذ الذي تم وما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ العلة في جواز التخفيض أن الشرط الجزائي إنما وضع لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً أو لحالة تأخره في الوفاء بالالتزام كله، فإذا خفض القاضي الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين

من التزامه فأنه يكون قد احترم إرادة المتعاقدين. ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين.

لكن يجب أن نلاحظ أنه لا يكفي أن يكون هناك تنفيذ جزئي من جانب المدين حتى يتم تخفيض الشرط الجزائي وإنما يلزم علاوة على ذلك أن يكون هناك إشباع جزئي للدائن. فإذا كان الجزء الذي تم تنفيذه تافهاً أو لم يكن في التنفيذ الجزئي فائدة للدائن، فلا يحكم القاضي بالتخفيض.

وعلى ذلك فإذا كان التنفيذ لا يقبل التجزئة، بحيث يستطيع الدائن أن يستفيد منه إلا إذا تم بالكامل، كما هو الحال بالنسبة للالتزام غير القابل للتجزئة، سواء كان مصدر عدم القابلية طبيعة محل الالتزام أو نص القانون أو الاتفاق، فانه في هذه الحالة لا يخفض الشرط الجزائي بشرط ألا يكون عدم التجزئة مصطنعاً.

مدى إمكانية الجمع والتوفيق بين الحالتين السابقتين:

الفرض العملي لذلك هو أن يكون الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ويتم في نفس الوقت تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً جزئياً. وهذا الأمر شائع في عقود الإيجار الائتماني وعقود البيع بالأجل[1].

في هذه الحالة ينبغي أن يعمل القاضي أولاً على رد الشرط الجزائي إلى الحد المعقول مما يجعله يتناسب مع الضرر الذي حاق بالدائن، ثم يقوم بعد ذلك بتخفيض التعويض بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، وفي حدود ما عاد على الدائن من فائدة. فمثلاً لو كان الشرط الجزائي ١٥٠٠٠ جنيه في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام، بينما كان الضرر الفعلي الذي سينشأ عن عدم التنفيذ للالتزام الأصلي لا يتجاوز مبلغ ٧٥٠٠ جنيه، وقام المدين بتنفيذ جزئي لالتزامه بما يعادل ٥٠٠٠ جنيه. في هذه الحالة يقوم القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوي للضرر وليكن ذلك ١٠٠٠٠ جنيه. ثم بعد ذلك يأخذ في اعتباره ما تم تنفيذه من الالتزام الأصلي وما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ. وهو ما يساوي ٥٠٠٠ جنيه، ثم يقوم بنسبته إلى ما كان سيحصل عليه لو نفذ الالتزام كاملاً ٧٥٠٠ جنيه، فيكون ما تم تنفيذه يعادل

---

(١) انظر في ذلك:

J. L. Aubert, Rép. Defrénois, 1975, Chron. Juris Art. 30995, No. 38 Spéc. pp. 1277, 1278.

٣:٢ الضرر الإجمالي. في النهاية ليحدد القاضي مقدار التعويض المستحق بعد التخفيض للمبالغة وللتنفيذ الجزئي فأنه سوف يعادل ثلث مبلغ التعويض المستحق والمتناسب مع الضرر أي ثلث مبلغ العشرة آلاف جنيه.

تعلق هذه الأحكام بالنظام العام:

هذه الأحكام السابق بيانها تتعلق بالنظام العام، بمعنى أنه يقع باطلاً كل إتفاق يخالف هذه الأحكام. وهذا ما نصت عليه المادة ٣/٢٢٤ مدني مصري وكذلك المادة ٣/١١٥٢ مدني فرنسي وكذلك المادة ٣/١٢٣١ مدني فرنسي وذلك بعد تعديل ١٩٧٥.

ب ـ حالة زيادة الشرط الجزائي:

وهذه الحالة تعالج الفرض الذي يجاوز فيه الضرر قيمة التعويض الاتفاقي والسؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة؟؟ وإذا كان ذلك جائزاً فما هي الشروط اللازم توافرها لذلك؟؟

قد أجابت على هذه التساؤلات المادة ٢٢٥ مدني مصري وذلك بنصها على أنه «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً».

في فرنسا قبل التعديل الأخير في عام ١٩٧٥ كان القضاء الفرنسي يعتبر أن الشرط الجزائي الزهيد أو الذي يقل بدرجة كبيرة عن الضرر الذي لحق بالدائن من قبيل الإعفاء من المسؤولية. وبالتالي قد قرر القضاء عدم تطبيق هذا الشرط في حالة غش المدين ويأخذ حكم الغش الخطأ الجسيم من جانب المدين[1]. وقد أضافت المادة الأولى من قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ فقرة ثانية إلى نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي والتي تنص على أنه «مع ذلك يجوز للقاضي، ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل قانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥)، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه، إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيداً».

وعلى ذلك فان القضاء في فرنسا يستطيع أن يحكم بتعويض أكبر من الشرط

(١) انظر في ذلك:
Civ. 1er, 4 Février, 1969, D. 1969, 601, note J. Mazeaud, 21 Octobre 1975. Inf. rap 6.

الجزائي الزهيد بالنسبة للضرر الذي أصاب الدائن ولم يعد متطلباً الآن إثبات الدائن لغش المدين أو لخطأه الجسيم[1].

أما في مصر فانه طبقاً لنص المادة ٢٢٥ مدني الأمر يجري على خلاف ذلك. فإذا كان التعويض الاتفاقي أقل من الضرر الواقع، فالأصل أن القاضي لا يزيده ليكون مساوياً للضرر، بل يحكم به كما هو. ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين والاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الاعفاء منها جائز في نطاق المسؤولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم (م ٢١٧ مدني مصري)[2].

وعلى ذلك إذا زاد الضرر عن التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فانه في هذه الحالة للقاضي أن يزيد من مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع. لكن إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم لم يصدر من المدين شخصياً بل وقع من أحد الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه فإنه لا يجوز للقاضي زيادة التعويض حتى ولو جاوز الضرر المبلغ المتفق عليه، لأن الاتفاق على تخفيف المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين جائز طبقاً لنص المادة ٢/٢١٧ مدني مصري.

وهذه الأحكام تتعلق، في كل من مصر وفرنسا، بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وكل إتفاق من هذا القبيل يقع باطلاً (م ٣/١١٥٢ مدني فرنسي) و (م ٢١٧/ ٣ مدني مصري).

وعلى ذلك إذا اتفق الطرفان على شرط جزائي يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى إشتراط إعفائه من مسؤوليته التقصيرية، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلاً، وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي متوخياً في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض[3].

---

(١) أنظر في ذلك:

Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., p. 515 p. 357, 358.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٤٩٨ و ص ٨٧٧.

(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٤٩٩ ص ٨٧٩ مع ملاحظة أن شرط الإعفاء أو التخفيف من =

أما في القانون اللبناني فانه يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية ـ تقصيرية وعقدية ـ إلا في حالتي العمد والخطأ الجسيم. لذلك فإن الشرط الجزائي يعد صحيحاً ولو كان الهدف من الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية إلا في حالتي العمد والخطأ الجسيم وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٧ موجبات وعقود «أن البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند كاف للتبعة، وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون».

= المسؤولية التقصيرية يبطل في جميع الأحوال حتى في حالة الخطأ اليسير.

المبحث الثالث: التعويض القانوني (الفوائد)

سبق أن قلنا أن الأصل في تقدير التعويض هو أن يتم بمعرفة القاضي لكن ليس هناك ثمـة ما يمنع من أن يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض أو أن يتكفل القانون ذاته بهذا التقدير. وقد سبق أن بسطنا أحكام كل من التعويض القضائي وأحكام الشرط الجزائي، والآن نود أن نعرض بالتفصيل لأحكام التعويض القانوني. ولدراسة هذه الأحكام سوف نعرض أولاً: لنطاق التعويض القانوني. ثم ثانياً: للنظام القانوني لهذا التعويض.

المطلب الأول: نطاقه

قدمنا أنه في بعض الأحوال يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض بنصوص تشريعية، ومن وجهة النظر الاقتصادية والسياسية التشريعية الرشيدة، أن تحديد المشـرع لمقدار التعويض يعد أمراً غير مرغوب فيه وينبغي عدم الإقدام عليه إلا في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوي لمثل هذا الإجراء[1]. ويرجع السبب في ذلك إلى أن إنطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها وقد يتفاوت الضرر الذي في كل حالة منها، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامداً في النص لا يتغير[2].

وأهم حالة عمد فيها المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود. وذلك لأن الالتزام بأداء مبلغ من النقود هو دائماً من الالتزامات التي يكون التنفيذ العيني فيها ممكناً، ومن ثم فان التعويض عن عدم التنفيذ لا يثور أمره في هذا النوع من الالتزامات وإنما قد يثور

(١) أنظر في نفس هذا المعنى السنهوري، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٥٠٠، ص ٨٨٠.
(٢) أنظر السنهوري، الوسيط، جزء ٢ فقرة ٥٠٠ ص ٨٨٠.

موضوع التعويض عن التأخير في التنفيذ. ويكون التعويض عندئذ في صورة فوائد. وهي تسمى لذلك فوائد التأخير[1].

ولذلك نصت المادة ٢٢٦ مدني مصري على أنه «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن يدفع للدائن، على سبيل التعويض عن التأخير، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها. وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

وتنص المادة ٢٢٧ مدني مصري على أنه «١ ـ يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة. فإذا أتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر»

«٢ ـ وكل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها، اشترطها الدائن، إذا زادت هي والفوائد المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة».

كما تنص المادة ٢٢٨ مدني مصري على أنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو إتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير».

في القانون اللبناني تنص المادة ٢٦٥/١ موجبات وعقود على أنه «إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود فان عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد أو في القانون».

كما ورد في الباب الثالث من قانون الموجبات والعقود «القرض ذو الفائدة» نص المادة ٧٦٧ والذي يقضي بأنه «إذا اشترط الفريقان إداء فائدة ولم يعينا معدلها، وجب

(١) أنظر عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ٩٧، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٠٢، ص ١٧٣.

على المقترض أن يدفع الفائدة القانونية».

«وفي المواد المدنية يجب أن يعين خطاً معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً عن الفائدة القانونية، وإذا لم يعين خطاً فلا يجب الفائدة إلا على المعدل القانوني. (أي ٩٪ مع مراعاة فائدة الرهونات العقارية».

ولتحديد نطاق التعويض القانوني يجب أن نعرف أنه قاصر على الالتزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب. كما أن هذا التعويض قد يكون في صورة فوائد عن التأخير أو فوائد مقابل الانتفاع برأس المال. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: أن يكون الالتزام التزاماً بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب:

وكما هو واضح فانه يلزم أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود. ومن ناحية ثانية يجب أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب ولندرس هاتين النقطتين على التوالي:

١ ـ التزام بدفع مبلغ من النقود:

كما سبق أن قدمنا فان التعويض القانوني يتحدد نطاقه بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود. فالعبرة بمحل الالتزام، ما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن يكون هناك فوائد مستحقة إذا توافرت شروطها.

وبناء على ذلك فانه لا عبرة بمصدر الالتزام، فالالتزام بدفع مبلغ من النقود أياً كان مصدره يمكن أن يستحق عنه فوائد. فقد يكون هذا المصدر عقداً، وهو الغالب، مثل التزام المقترض برد مبلغ القرض، والتزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المستأجر بدفع الأجرة، إذا كانت نقوداً والتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة، إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود. وقد يكون مصدر الالتزام عمل غير مشروع، كالالتزام بدفع مبلغ التعويض، أو عمل نافع، كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق مبلغاً من النقود، أو نص القانون، كالالتزام بدفع النفقة إذا قدرت بمبلغ من النقود كما هو الغالب.

٢ ـ معلوم المقدار وقت الطلب:

لا يقصد بهذا الشرط منع سريان الفوائد عن كل التزام يكون مقداره محلاً للمنازعة، وإنما كان القصد من وراء هذا الشرط هو منع سريان الفوائد على المبالغ

التي يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع. فإذا كان حق المضرور في التعويض ينشأ من وقت تحقق الضرر إلا أن هذا الحق لا يكون معلوماً المقدار إلا من تاريخ الحكم به.

لكن ليس معنى هذا أن الالتزام بالتعويض يخرج عن نطاق استحقاق الفوائد حيث أن الذي يجري عليه العمل أن القاضي يدخل في اعتباره عند تقدير التعويض نوعان من الضرر، الضرر الأصلي الناشيء عن خطأ المسؤول، والضرر الناشيء عن التأخر إلى يوم النطق بالحكم[1] ـ وبحكم القاضي يصبح التعويض مبلغاً من النقود معلوم المقدار، فإذا تأخر المسؤول في الوفاء به يستطيع المضرور أن يطالب بالفوائد بدعوى جديدة، فيقضي له بالفوائد القانونية عن التأخير بسعرها القانوني. ويذهب رأي إلى أن هذه الفوائد تسري من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة[2]. بينما يذهب رأي آخر إلى سريان هذه الفوائد من وقت الحكم في الدعوى الأصلية، وذلك تطبيقاً للمادة ٢٢٠/ب[3].

في القانون اللبناني لم يتطلب المشرع أن يكون الالتزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار. ولذلك فأنه ليس هناك ما يمنع من مطالبة المضرور بفوائد من مبلغ التعويض المستحق له عن العمل غير المشروع من وقت تحقق الضرر. وهذا الاختلاف بين موقف كل من القانون المصري والقانون اللبناني لا يعدو أن يكون ظاهرياً حيث أن ما جرى عليه العمل في مصر يقرب كثيراً بين القانونين.

ثانياً: أنواع الفوائد المستحقة:

١ ـ الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية:

يستحق على الالتزام بأداء مبلغ من النقود نوعان من الفوائد، فوائد التأخير، وهي تمثل التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود عند الأجل المحدد لوفائه. وهي تقدر على أساس نسبة مئوية من رأس المال تحتسب سنوياً. وفوائد استثمارية[4] وهي تستحق مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة

(١) قارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص ١٣٩.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٥، ص ٨٨٩.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص ١٤٠.
(٤) ويطلق عليها البعض اسم الفوائد التعويضية، أنظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٢ =

معينة، وهي مدة الأجل وتقدر بنسبة مئوية من رأس المال تحتسب سنوياً.

٢ ـ الفوائد القانونية والفوائد الاتفاقية:

هذا التقسيم يتقاطع مع التقسيم السابق، والفوائد الاتفاقية هي الفوائد التي يتفق عليها الطرفان. وهذه الفوائد قد يتفق عليها الطرفان اما كمقابل لانتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة، هي مدة الأجل، وهذه هي الفوائد الاستثمارية ويلتزم بها المدين في عقد من عقود المعاوضة كعقد القرض وعقد البيع بالأجل، وأما على سبيل التعويض عن التأخير في الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود في الأجل المحدد لوفائه، وهذه هي الفوائد التأخيرية.

أما الفوائد القانونية فهي ليست سوى فوائد تأخيرية يحدد القانون سعرها برقم ثابت فإذا لم يحدد الطرفان فائدة تستحق كتعويض عن التأخير فان القانون يجيز للدائن ـ رغم عدم الاتفاق ـ أن يطالب المدين بفائدة عن التأخير بالسعر القانوني الذي حدده المشرع، إذا توافرت شروط استحقاقها.

وهكذا فان الفوائد التأخيرية، قد تكون فائدة إتفاقية وقد تكون فائدة قانونية، أما الفوائد الاستثمارية فلا تكون إلا إتفاقية[1].

والفوائد الاتفاقية، سواء كانت عن التأخير، أو كانت مشترطة كمقابل للانتفاع بالمبلغ، لا يجوز أن يزيد سعرها على ٧٪ (م ٢٢٧/ ١ مدني). وهذا الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية يسري على المسائل المدنية والمسائل التجارية دون تفرقة. والعلة في هذا التحديد هي محاربة الربا.

أما الفوائد القانونية فإن لم يحدد الطرفان بالاتفاق سعر الفائدة فأنه لا شأن للقاضي بتقديرها وإنما يلزم المدين بالفائدة التي حددها المشرع. وقد حددها القانون، كأصل عام، بأربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدني).

= ص ٨٨٦، ٨٨٧ ويطلق البعض الآخر عليها اسم الفوائد العوضية، أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٥١ ص ١٢٧.

(١) ومع ذلك قارن السنهوري، الوسيط، جزء ٢، فقرة ١٠٩ ص ٩٠١، هامش ٢.

المطلب الثاني: نظامه القانوني

وفي هذا الصدد نتصدى بالدراسة لشروط استحقاق التعويض القانوني، الفوائد، ثم نعرض لدراسة القيود التي تحد من هذا الاستحقاق، وفي النهاية ندرس سعر الفائدة.

أولاً ـ شروط الاستحقاق:

وهنا سنعرض أولاً لشروط استحقاق الفوائد التأخيرية ثم نتعرف بعد ذلك على شروط استحقاق الفوائد الاستثمارية.

١ ـ شروط استحقاق الفوائد التأخيرية؛

(أ) شروط الاستحقاق والقواعد العامة في التعويض:

إن التكييف القانوني الذي تبناه المشرع لفوائد التأخير هي أنها تعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود عن الأجل المعين. ونحن نعلم أنه يشترط لاستحقاق التعويض طبقاً للقواعد العامة ثلاثة شروط، الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر علاوة على إعذار المدين. فهل يلزم توافر هذه الشروط أيضاً لاستحقاق التعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود؟؟

بمراجعة الأحكام الواردة في هذا الصدد نجد أن خطأ المدين هو مجرد يالتأخر عن الوفاء بالمبلغ المعلوم المقدار وقت الطلب عند الأجل المعين. حيث أن الالتزام بدفع مبلغ من نقود هو التزام بتحقيق نتيجة، لأن هناك تطابق بين الغاية المبتغاة من هذا الالتزام، هي نقل ملكية مبلغ من النقود ومضمون آداء المدين، وهو نفس الشيء أي نقل ملكية مبلغ من النقود، فعدم تحقيق هذه النتيجة يعتبر في ذاته عدم تنفيذ للالتزام. فالخطأ لا شيء غير التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الأجل المعين.

أما بالنسبة للضرر وعلاقة السببية، فان القانون قد فرض فرضاً لا يقبل إثبات العكس بأن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بمبلغ من النقود عن الأجل المعين يسبب ضرراً للدائن. ولذلك لا حاجة للدائن إلى إثبات هذا الضرر، كما أن المدين لا يستطيع أن ينفي وقوعه. وقد نصت على ذلك المادة ٢٣٨ بأنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير». علاوة على ذلك، يفرض القانون كذلك، فرضاً غير قابل لإثبات العكس، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره في الوفاء،

فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هي أيضاً مفروضة فرضاً لا يقبل إثبات العكس[١].

وهذه الأحكام تتفق والفلسفة الاقتصادية للإئتمان. حيث أن النقود ليست قيمة معطلة وإنما هي قيمة تعمل في النشاط الاقتصادي فعدم وفاء المدين بالمبلغ المستحق في ذمته في الميعاد المحدد يصيب الدائن بخسارة. إذ قد يضطر الدائن إلى التوقف عن سداد دين مستحق عليه في ذمته هو وما يؤدي إليه ذلك من دفعه لفوائد التأخير، أو قد يدفعه إلى الاقتراض بفائدة أعلى لسداد ما هو مستحق عليه هو في هذا الميعاد. وقد يفوت على الدائن ربحاً كما لو أن الدائن يكون قد خصص هذا المبلغ لاستغلال معين فإذا به يحرم منه في الميعاد المحدد. وفي كلتا الحالتين يستحق الدائن التعويض عن التأخير نتيجة لما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

ولهذا فانه كان منطقياً أن يفترض القانون الضرر وعلاقة السببية فرضاً لا يقبل إثبات العكس في حالة تأخر المدين في الوفاء بمبلغ من النقود ومعلوم المقدار وقت الطلب.

أما بالنسبة لأعذار المدين، فقد استبدله القانون بالمطالبة القضائية كقاعدة عامة. وهذا نوع من التشدد يتفق وفلسفة المشرع في مناهضة الربا واستنكاره[٢].

(ب) ونخلص من كل ما تقدم أن **شروط استحقاق الفوائد التأخيرية تتلخص في شرطين**: (١) التأخر في الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود (معلوم المقدار وقت الطلب طبقاً للقانون المصري)، (٢) المطالبة القضائية.

(١) التأخر في الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب:

إن مناط استحقاق فوائد التأخير هو تأخر المدين في الوفاء بالتزامه بدفع بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب عند ميعاد الاستحقاق. في حالة عدم إتفاق الأفراد على هذه الفوائد فانها تسري بالسعر الذي يقرره القانون. وإذا كان متفق عليه من قبل ما بين الدائن والمدين، فانه ينبغي ألا يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً.

ويغلب أن يقع الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد، ويسمى سعر الفائدة في هذه

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٩ ص ٨٩٢.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٩ ص ٨٩٢.

الحالة بالسعر الاتفاقي. ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية في غير العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود، بل وفي خصوص التزام بدفع مبلغ النقود لا يكون مصدره العقد. فإذا لم يكن هناك سعر لفوائد التأخيرية متفق عليه، ما بين الدائن والمدين فان السعر الذي يسري في هذه الحالة هو السعر القانوني[1]. ولذلك فالفوائد التأخيرية أما أن تكون فوائد إتفاقية أو فوائد قانونية.

(٢) المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية:

«. . . تسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره» (م ٢٢٦ مدني).

هذا الشرط يعتبر استثناء من القواعد العامة من ناحيتين: **أولاً**: أن القاعـدة العامة في التعويض عن التأخير أنه يستحق من وقت الأعذار، أو من وقت إنذار المدين. ثانياً: أن القاعدة العامة في الإعذار أنه لا يشترط أن يطالب الدائن صراحة بالتعويض عن التأخير، بل يكفي أن يعلن الدائن للمدين أنه يريد منه تنفيذ الالتزام. أما فوائد التأخير فلا يكفي الإنذار لاستحقاقها، بل يلزم المطالبة القضائية. كما أنه لا يكفي أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبـة قضائية حتى تسري الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة، بل يلزم المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين ذاته[2]. وعلى ذلك فإذا لم يطالب الدائن في صحيفة الدعوى إلا بأصل الدين، ثم عاد أثناء نظر الدعوى يطلب الحكم بالفوائد فلا تسري الفوائد إلا من وقت هذا الطلب، حيث أن المطالبة القضائية بالفوائد تتحقق بهذا الطلب وليس من وقت رفع الدعوى. وقد تشدد القانون في تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الإعذار، واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة، وذلك لمناهضة الربا واستنكاره كما سبق القول.

ويترتب على ذلك أن الفوائد التأخيرية لا تسري إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة أو كانت المحكمة التي رفعت إليها الدعوى غير مختصة، وكذلك الحال إذا سقطت

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٧ ص ٨٩٣.

(٢) أنظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٨ ص ٨٩٧، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٣٤.

الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم، وذلك على خلاف القواعد العامة في الإعذار حيث أن صحيفة الدعوى في هذه الحالات جميعاً تقوم مقام الإنذار[1].

على أن قاعدة وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ليست من النظام العام. فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافها، وعلى أن تسري الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلاً، أو حتى بمجرد حلول أجل الديون دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى إعذار. وهذا ما يجري عليه العمل غالباً عندما يتفق الطرفان على سعر إتفاقي للفوائد التأخيرية. ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية مقصوراً على فوائد التأخير القانونية[2].

وكذلك فإن العرف التجاري قد يحدد ميعاد آخر لبدء سريان الفوائد. مثل ذلك في الحساب الجاري حيث تسري الفوائد بقوة القانون من يوم دخول المدفوعات في الحساب الجاري[3].

وأخيراً قد ينص القانون في حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسري من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية. فقد تسري الفوائد التأخيرية من وقت إعذار المشتري أو من وقت تسلم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (م ٤٥٨ مدني). أو من وقت استحقاق حصة الشريك النقدية في الشركة (م ٥١٠ مدني) أو من يوم احتجاز الشريك لمبلغ من مال الشركة (م ٥٢٢ مدني) أو من يوم استخدام الوكيل لمال الموكل لصالح نفسه (م ٧٠٦ مدني) أو من يوم الإنفاق بالنسبة للمبالغ التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (م ٧١٠ مدني). أو من يوم الدفع بالنسبة لما يدفعه الكفيل (م ٨٠٠) أو غير ذلك من النصوص.

في القانون اللبناني تنص المادة ٢٥٧ موجبات وعقود على أن «تأخر المديون الذي بدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر، ينتج في الأساس عن إنذار برسله

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٣٤.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥٠٨، ص ٨٩٨.
(٣) أستاذنا الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الأفلاس، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦ فقرة ٥٤٠ ص ٤٧٨، أستاذنا الدكتور علي البارودي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الأفلاس، منشأة المعارف ١٩٧٥ فقرة ٤٠٥ ص ٤٨٢.

إليه الدائن بطريقة ما. وإنما يجب أن يكون خطياً ككتاب مضمون أو برقية أو أخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية».

«وأن هذا الإنذار لواجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله أو أصل بدل الضرر».

وعلى ذلك فإنه يكفي لاستحقاق الفوائد القانونية إنذار الدائن للمدين بأي كيفية على النحو المبين في النص السابق. كما أنه لا يلزم هذا الإنذار إذا كان الالتزام ذا أجل حال موضوع لمصلحة المدين ولو بوجه جزئي على الأقل (م ٢٥٨ موجبات وعقود).

٢ ـ شروط استحقاق الفوائد الاستثمارية:

وقبل أن نعرض لهذه الشروط يجب أن نتعرف عليها ونبين المجال الذي تعمل فيه.

أ ـ التعريف بها ومجالها:

الفوائد الاستثمارية هي الفوائد التي يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن لأجل معين.

والغالب أن تكون الفوائد الاستثمارية في التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد. وأكثر ما تصادف هذه الفوائد في عقد القرض وعقد البيع بالأجل. ففي عقد القرض يتفق المقرض والمقترض على فائدة معينة مقابل الانتفاع بمبلغ القرض خلال مدة معينة ـ وكذلك عقد البيع بالأجل يتفق البائع والمشتري على أن يدفع المشتري الثمن في آجال معينة مقابل أن يدفع المشتري فوائد عن هذا الثمن. وكذلك الحال بالنسبة للودائع المصرفية المنتجة لفوائد معينة، وكذلك فوائد السندات. ففي كل هذه الأحوال نجد أن الفوائد تستحق مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود وهذه الفوائد الاستثمارية هي المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي المعاصر.

والفوائد الاستثمارية لا تكون إلا فوائد إتفاقية[1] وهذه الفوائد مرتبطة إرتباطاً وثيقاً بالإئتمان حيث أن الدائن لا يمنح ثقته للمدين، بمنحه الإئتمان الذي يحتاج إليه إلا إذا كان واثقاً في استرداد رأس المال والفوائد المستحقة كمقابل للانتفاع به.

---

(١) ومع ذلك قارن بالسنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٩ ص ٩٠١ هامش ٢.

والإئتمان مرتبط إرتباطاً وثيقاً بالزمن، حيث أنه لا يتعلق إلا بالالتزامات الممتدة في الزمن. كما أن الإئتمان لا ينشأ ولا يتعزز إلا بمناسبة وبواسطة العقد[1].

وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية التي يلزم بها المدين حتى حلول أجل الدين، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول هذا الأجل في الوفاء بالتزامه. والفوائد التأخيرية قد تكون إتفاقية اشترطها المتعاقدان في شرط جزائي، وقد تكون قانونية يتولى المشرع تحديدها عند عدم إتفاق الأطراف عليها. والفوائد الاتفاقية، سواء أكانت استثمارية أو تأخيرية، لا يجوز أن تزيد عن نسبة ٧٪ وهو الحد الأقصى المسموح به قانوناً. وفي القانئن اللبناني ٩٪ (م ٧٦٧/ ٢ موجباً وعقود).

ب ـ شرط استحقاق الفوائد الاستثمارية ـ الاتفاق عليها:

أن المدين لا يلزم بالفوائد الاستثمارية إذا لم يكن هناك إتفاق عليها. فالمقترض لا يدفع فوائد استثمارية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن. وهذا ما أكدته المادة ٥٤٢ مدني بنصها على أن «على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها. فإذا لم يكن هناك إتفاق على فوائد أعتبر القرض بغير أجر»، وهذه تعتبر قاعدة عامة يخضع لها كل عقود المعاوضة التي ينشأ عنها التزام بمبلغ من النقود، وعادة ما يحدد أيضاً هذا الاتفاق سعر هذه الفوائد، بشرط عدم تجاوزها الحد الأقصى المقرر قانوناً.

ثانياً ـ القيود التي تحد من استحقاق الفوائد:

أن أهم ما كان يشغل المشرع المصري على مدار أحكام التقنين المدني هو محاربة الربا. وأهم المجالات التي كانت فيها مناهضة الربا واستنكاره واضحاً، مجال الفوائد. ولذلك قد أورد المشرع قيدين رئيسيين يحدان من استحقاق الفوائد، سواء كانت قانونية أو إتفاقية، وسواء كانت تأخيرية أو استثمارية. فنصت المادة ٢٣٢ مدني على أنه «لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكبر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية» ولنر ذلك تفصيلاً.

---

(١) أنظر مؤلفنا، نحو قانون خاص بالإئتمان، منشأة المعارف ١٩٩٠ ص ١٨ وما بعدها.

القيد الأول ـ تحريم الربح المركب:

ويقصد بـه تقاضي فوائد على متجمد الفوائد بمعنى أن تضم الفوائد المستحقة التي لم يتم الوفاء بها إلى رأس المال واحتساب الفوائد بعد ذلك على أساس المجموع. وواضح ما يترتب على ذلك من اثقال لكاهل المدين بمديونية لا تتناسب قط مع ما يعود عليه من استثمار رأس المال الأصلي، مما يؤدي به إلى الإفلاس أو الأعسار.

ويتحدد نطاق هذا الحكم بالفوائد بالمعنى الفني الدقيق. كما أن هذا الحكم لا يخل بالقواعد والعادات التجارية. وعلى ذلك فان الاستحقاقات الدورية غير الفوائد، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة لا تعتبر في حكم الفوائد فيجوز تقاضي فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات[1]. كما أن عرف التجارة قد يقضي بالخروج على هذا الحكم. ومن ذلك مثلاً إجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجاري، دون حاجة إلى إتفاق أو مطالبة قضائية[2].

في القانون اللبناني قد عالج المشرع مسألة الربح المركب بطريقة أكثر مرونة، فنصت ٧٦٨ موجبات وعقود على أنه «يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال بإقامة دعوى وإما بمقتضى عقد خاص نشأ بعد الاستحقاق. وفي كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة».

على ضوء هذا النص نجد أنه القاعدة هي جواز إقتضاء فوائد مركبة. لكن تطبيق هذه القاعدة مشروط بعدة شروط القصد منها حماية المدين وذلك بتنبيهه إلى خطورة الفوائد المركبة. وعلى ذلك فإن إقتضاء فائدة على فوائد رأس المال مقيد بقيدين:

أولاً: من حيث الوسيلة، فإنه يشترط الاقتضاء هذه الفوائد إقامة دعوى للمطالبة بها وبالتالي لا يكفي الإنذار، أو إتفاق لاحق على استحقاق الفائدة وبالتالي لا يجوز الاتفاق السابق على استحقاقها.

ثانياً: من حيث المدة، فإنه يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٢٠ ص ٩٢٥.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٥٩٩.

تقل عن ستة أشهر. هذا يعني أن الفوائد التي تحسب على متجمد الفوائد لا تستحق إلا بعد مضي ستة أشهر على الأقل من ضمهـا لرأس المال وقد استثنى المشرع من هذه القواعد ما يجري به العرف التجاري أو ما تقضي به قواعد التجارة، كما هو الحال بالنسبة للحساب الجاري (م ٣٠٥ من قانون التجارة اللبناني).

القيد الثاني: تحريم زيادة مجموع الفوائد على رأس المال:

ويقصد بذلك أن مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن من مدينه لا يصح في أية حال أن تزيد على رأس المال، إذ «من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوزت مقدار الدين نفسه، ويحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله»[(١)].

وهذا الحكم ينصرف إلى جميع أنواع الفوائد، سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد استثمارية، وسواء كانت إتفاقية أو قانونية.

ويتحدد نطاق الحكم بالصفقات المدنية العادية. وعلى ذلك فإن هذا الحكم لا يخل بما جرت عليه القواعد والعادات التجارية كما أن هذا الحكم يقتصر على الصفقات المدنية العادية البسيطة فإذا تعددت الصفقات أو كانت بائتمان إنتاجي طويـل الأجل فإنه في هذه الحالات من المتصور أن يزيد مجموع الفوائد عن رأس المال»[(٢)].

القانون اللبناني «يؤخذ بذات الحكم إعمالاً لنص المادة الرابعة من قانون المرابحة العثماني الذي ما زال ساري المفعول بالقدر الذي لم ينسخه قانون الموجبات والعقود أو أي قانون آخر»[(٣)].

ثالثاً ـ سعر الفائدة:

قد وضع المشرع حداً أقصى للفوائد التأخيرية، وكذلك للفوائد الاستثمارية، وقرر جزاء لمجاوزة الحد الأقصى. ومع ذلك فإن المشرع قد قدر أن هناك أحوالاً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٩٧.

(٢) أنظر في تفصيل أكثر، السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٩ ص ٥٢٧ وبصفة خاصة هامش ١ ص ٩٢١، ٩٢٢.

(٣) صبحي المحمصاني القانون المدني اللبناني ١٩٥٣ ص ٣١و ٣٢ مشار إليه رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، ١٩٩٤ ص ١٤٠

يجوز فيها النزول عن الحد الأقصى للفوائد التأخيرية أو الزيادة فيها عن ذلك الحد. فلنبحث هذه النقاط على التوالي.

١ ـ الحد الأقصى وجزاء تجاوزه:

نعرض أولاً للحد الأقصى لكل من الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية ثم نعرض بعد ذلك لجزاء تجاوز هذا الحد.

أ ـ بالنسبة للفوائد التأخيرية: رأينا أن سعر الفوائد التأخيرية، أما أن يكون سعراً قانونياً وأما أن يكون سعراً إتفاقياً.

وقد حدد المشرع السعر القانوني للفوائد التأخيرية في المسائل المدنية بأربعة في المائة، وفي المسائل التجارية بخمسة في المائة. وللتمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية فإن العبرة في ذلك بالمدين. فإذا كان المدين غير تاجر، فالفائدة تحسب بالسعر القانوني في المسائل المدنية وهو ٤٪ حتى ولو كان الدائن تاجراً أو العملية تجارية[١].

ويسري هذا الحكم ف يحالة عدم إتفاق الطرفين على سعر للفوائد التأخيرية. أما إذا اتفق الطرفان على سعر للفوائد التأخيرية، وذلك طبقاً لنص المادة ٢٢٧/ ١ مدني، فإن هذا السعر قد يقل عن السعر القانوني وقد يزيد عنه ولكن في جميع الأحوال ينبغي ألا يزيد عن سبعة في المائة، ويستوي في ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية.

ب ـ بالنسبة للفوائد الاستثمارية: سبق أن قلنا أن الفوائد الاستثمارية لا تكون إلا قواعد إتفاقية. وبناء على ذلك فأنه ليس للفوائد الاستثمارية إلا سعر واحد وهو السعر الاتفاقي وقد وضع المشرع حداً أقصى للفوائد الاتفاقية، سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد استثمارية، وهو ٧٪.

وإمعاناً في محاربة المشرع للربا. وكشف التحايل على الحد الأقصى المقرر للفائدة الاتفاقية فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ على أن «كل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها، اشترطها الدائـن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره يعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٢ ص ٩٠٤.

المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة».

وللمدين أن يكشف عن هذا التحايل بكافة طرق الإثبات[1].

في القانون اللبناني لم يرد نصاً في قانون الموجبات والعقود يحدد السعر القانوني للفوائد التأخيرية ولا الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية. ولكن يستفاد من النصوص الأخرى السارية[2] أنه الحد الأقصى للفائدة في المواد المدنية والتجارية هو ٩٪ (م ٧٦٧ موجبات وعقود). أما الديون المضمونة برهن تأميني عقاري لا يجوز أن يتجاوز معدل الفائدة المشروطة في عقد التأمين أكثر من ١٢٪ (م ١٠١ من قانون الرهونات الصادر في ٢٠ آذار ١٩٢٠).

جـ ـ جزاء مجاوزة الحد الأقصى: قد نصت المادة ٢٢٧/ ١ على أنه «. . . إذا اتفقا (المتعاقدان) على فوائد تزيد على هذا السعر (٧٪) وجب تخفيضهـا إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر».

وعلى ذلك فانه لا يترتب على مجاوزة الحد الأقصى بطلان العقد بأكمله، بل يقتصر الجزاء على إنقاص الفوائد إلى الحد الجائز قانوناً. ويلزم الدائن برد ما تسلمه زيادة عن الحد الأقصى ولو كان المدين قد أداه إختياراً وهو يعلم أنه غير ملزم به قانوناً. فالاتفاق على فائدة تزيد على الحد الأقصى باطل فيما زاد على هذا الحد. والبطلان مطلق لتعلق نص المادة ٢٢٧/ ١ مدني بالنظام العام، فلا تصح الإجازة لا صراحة ولا ضمناً، ولذلك لا يقتصر الحق في الاسترداد على الحالة التي يكون الدفع فيها واقعاً عن غلط[3].

ويلزم الدائن بدفع فوائد المبلغ الذي تسلمه زائداً عن الحد الأقصى، بوصفه مبلغ تسلمه بغير حق، وذلك من وقت تسلمه عملاً بالمادتين ١٨٥/ ٢ و ٢٢٠/ جـ ويتقادم الالتزام بالرد بمضي ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة

(١) أنظر في ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥١٣، ص ٩٠٩.

(٢) المادة الأولى من نظام المرابحة العثماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٤ و ٢٢ مارس ١٩٠٣، المادة ٢٥٧ من قانون التجارة البرية الصادر في ٣٤ كانون الأول عام ١٩٤٢، القانون الخاص بجريمة المرباة الصادر في ٢٤حزيران عام ١٩٣٩، م ٦٦١ من قانون العقوبات اللبناني والخاصة بجريمة الربا الفاحش.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥١٠ ص ١٢٩.

١٨٧ مدني، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق[١].

في القانون اللبناني يمكن الأخذ بالحكم السابق في القانون المصري وذلك لأنه يتفق والقواعد العامة. لكن قد أفرد القانون اللبناني حكم للحالة التي يقوم فيها المقترض بدفع فوائد غير متفق عليها أو أزيد من المعدل المتفق عليه، ولكنها في حدود الحد الأقصى، فاعتبرها وفاء لالتزام طبيعي وبالتالي لا يحق للمقترض استردادها أو خصمها من رأس المال. وهذا ما نصت عليه المادة ٧٦٦ / ٢ موجبات وعقود بقولها بأنه «إذا دفع المقترض من تلقاء نفسه فوائد غير منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال».

٢ ـ مدى جواز الزيادة أو النقصان عن الحد الأقصى للفوائد التأخيرية:

إذا كان المشرع قد وضع حداً أقصى لسعر الفائدة، القانوني أو الاتفاقي، في الفوائد التأخيرية على النحو السابق بيانه إلا أنه قد قدر أن هناك أحوالاً، تقتضي اعتبارات معينة، النزول فيها عن هذه الحدود المقررة أو الزيادة فيها على تلك الحدود. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

الحالة الأولى: تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع:

فقد نصت المادة ٢٢٩ مدني على أنه «إذا تسبب الدائن، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو إتفاقية، أو لا يقضي بها إطلاقاً، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر».

وهذا الحكم تمليه مقتضيات العدالة. ولذلك فقد كان القضاء المصري يسير على مقتضاة دون نص في ظل التقنين المدني السابق ويمكن إرجاع حكم هذه المادة إلى مبدأ عام التعسف في استعمال الحق[٢].

من الناحية العملية، قد يرى الدائن أن من مصلحته ألا يوفي المدين بالالتزام لكي يستمر سريان الفوائد التأخيرية عليه، فيعمد إلى إطالة أمد النزاع حتى تتراكم هذه الفوائد على المدين، ليعوض انخفاض سعر الفائدة في السوق عن السعر المقرر لفائدة

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٤ ص ٥٩١١.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٧، ص ٩١٤.

التأخير مثلاً[1].

ولتطبيق هذا الحكم ينبغي توافر شرطين:

الأول: إطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر. مثل ذلك أن يلجأ الدائن إلى إنكار إمضائه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين، مما يتعين معه إتباع إجراء تحقيق التوقيع وما يترتب على ذلك من إطالة أمد النزاع، أو أن يطعن في هذه المخالصة بالتزوير أو يلجأ إلى الكثير من الدفوع الكيدية بقصد إطالة أمد النزاع.

وهذا لا يقتضي بطبيعة الحال الالتجاء دائماً إلى القضاء، وإنما يكفي أن يتبع الدائن في إجراءات المطالبة بحقه سبل لا مبرر لها إلا إطالة أمد النزاع. من ذلك مثلاً أعذاره المدين ورفضه قبول الدين دون سبب مشروع مما يضطر المدين أن يسلك إجراءات العرض الحقيقي، فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض، وهكذا[2]

الثاني: سوء نية الدائن. وعلى ذلك فمجرد الخطأ لا يكفي لتوقيع هذا الجزاء، وإنما يلزم أن يكون الدائن قد تعمد إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين. على ذلك لا يكفي أن يكون الدائن قد أخطأ في إطالة أمد النزاع خطأ عادياً. ويرجع هذا التشدد من جانب المشرع إلى خطورة الجزاء الـذي يترتب على عمل الدائن، وهو سقوط حقه في الفوائد. ولذلك لم يجعل توقيع هذا الجزاء الخطير مرهوناً بخطأ بسيط من الدائن يسهل على المدين أن ينسبه إلى الدائن بمجرد أن يطول أمد النزاع[3].

ويقع على المدين عبء إثبات الشرطين معاً. فإذا أثبت المدين أن النزاع قد طال بلا مبرر، وأن الدائن كان سيء النية فتعمد إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد، جاز للقاضي أن يخفض الفوائد، أولاً يقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر، أي أن أثر التخفيض أو الإسقاط لا ينسحب إلا عن هذه المدة.

في القانون اللبناني لم يرد نص مقابل للحكم السابق الوارد في القانون المصري ولكن يمكن الأخذ به لأنه تطبيقاً للقواعد العامة من ناحية كما أن القياس على نص المادة ٢/٢٦٥ موجبات وعقود يملي أيضاً تطبيقه من ناحية أخرى حيث أن المشرع

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص ١٤٣.
(٢) السنهـوري الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٧ ص ٩١٥.
(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٤ ص ٩١٦.

قرر، بعد أن حدد مقدار التعويض القانوني عن التأخير، «غير أنه إذا كان المدين سيء النية جاز أن يعطي عوض إضافي للدائن الذي أضر به امتناع غير مشروع» فبالمثل إذا تسبب الدائن، بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، جاز للقاضي أن يخفض الفوائد، قانونية أو إتفاقية، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر.

الحالة الثانية: حكم الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد:

نصت المادة ٢٣٠ مدني على أنه «عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق فيها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء».

وهذا الحكم قد استحدثه التقنين المدني الجديد لمعالجة بعض الأوضاع التي كانت تضر بالمدين ضرراً شديداً. من ذلك أن يبقى المدين ملتزماً بعد رسو المزاد وطوال إجراءات التوزيع، بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التي تدرج في قائمة التوزيع وتطول إجراءات التوزيع عادة، وقد تستغرق سنوات، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين. وهو لا يد له في ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه»[1].

ولذلك جاءت المادة ٢٣٠ مدني لتحدد مدى ما يستحقه الدائنين من فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد. فقررت هذه المادة **أولاً**: أن الفوائد التأخيرية لا تسري بسعرها المقرر، سواء كانت قانونية أو إتفاقية، إلا إلى وقت رسو المزاد على مشتر. **ثانياً**: في المرحلة التالية لرسو المزاد لا تنتج الديون التي ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية إلا إذا كان الراسي عليه المزاد، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيداع الثمن فيها. يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن. **ثالثاً**: بين المشرع حدود الفوائد التأخيرية المستحقة للدائنين، فقرر أنه لا يتقاضى فوائد التأخير إلا بالسعر الذي استحقت به هذه الفوائد في ذمة الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة. ويغلب أن يكون هذا السعر الأخير أقل من سعر الفائدة التأخيرية التي كانت واجبة على المدين.

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٨، ص ٩١٧.

وتقسم هذه الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء، دون تمييز بين دائن مزود بضمان خاص ودائن عادي. وبهذا، فرغم أن الدائن لم يستوف حقه بعد، فقد تسقط فائدة التأخير، وقد تخفض، عن المدة التالية لرسو المزاد.

وطبقاً لهذا النص أصبح مناط استحقاق فوائد تأخير على المدين، بعد رسو المزاد، مرهوناً باستحقاق فائدة عن الثمن الملزم به الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة إذا كان قد أودع فيها. بل وأن سعر هذه الفائدة يتحدد بالسعر المقرر على الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة بحسب الأحوال. وبذلك تتحقق الحماية اللازمة للمدين من بطء إجراءات التنفيذ الذي لا يد له فيه[1].

الحالة الثالثة: تسبب المدين بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الفوائد:

تنص المادة ٢٣١ مدني على أنه «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية.

وتنص المادة ٢/٢٦٥ موجبات وعقود على «غير أنه إذا كان المديون سيء النية جاز أن يعطي عوض إضافي للدائن الذي أضر به امتناع غير مشروع».

وهذا النص أيضاً تمليه اعتبارات العدالة. ولذلك نجد أن القضاء المصري كان يأخذ تقريباً بمقتضاه رغم عدم وجود نص في ظل التقنين المدني السابق. ويمكن إرجاع هذا الحكم أيضاً إلى مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق[2].

ويتضح من هذا النص أنه يشترط للحكم بتعويض إضافي للدائن شرطان:

الأول: تجاوز قيمة الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير مقدار الفوائد المستحقة. وعلى ذلك لا يكفي لاستحقاق تعويض تكميلي الضرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخير في وفاء المدين بالتزامه، وإنما يلزم أن يصيب الدائن ضرراً استثنائياً. مثل ذلك أن يعلم المدين بارتباط الدائن بالتزام يعتمد في الوفاء به على استيفائه لحقه منه ويترتب على عدم استيفائه لهذا الحق تعرضه لإجراءات قانونية شديدة من جانب دائنية قد تصل في بعض الأحيان إلى حد شهر الإفلاس. فهنا قد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٩١.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ ، فقرة ٥٢١ ص ٩٢٩.

أصاب الدائن خسارة فادحة. وقد يترتب على عدم وفاء المدين لالتزامه في الميعاد المحدد أن يفوت على الدائن ربح كبير، كأن تفوته صفقة رابحة، كان يعتمد في إبرامها على استيفاء حقه وعلم المدين بذلك[1].

الثاني: سوء نية المدين. ويقصد بذلك أن يتعمد المدين التخلف عن الوفاء بالتزامه وهو عالم بما قد يصيب الدائن من ضرر زائد من جراء ذلك. ويقع على الدائن عبء الإثبات. وإذا أثبت الدائن ذلك كان له أن يتقاضى من المدين تعويضاً تكميلياً يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة في ذمة المدين لتأخره في الوفاء بالتزامه. والقاضي يقدر التعويض التكميلي بالكيفية التي يراها مناسبة لجبر الضرر الذي أصاب الدائن دون أن يتقيد بقواعد التعويض القانوني الواردة في المادة ٢٢٦ مدني[2].

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٢٢ ص ٩٣٠.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٧. ص ١٢٢.

الفصل الثاني

الوسائل العامة لضمان التنفيذ

هذا الفصل يبين النظام القانوني الذي يعمل من خلاله الإئتمان المدني، كما أن هذا الفصل يفسر لنا كيف يعمل النشاط الاقتصادي في المجتمع. ومن الناحية الفنية يكشف لنا هذا الفصل عن كيفية عمل نظرية الالتزام، لأنه يبين لنا الإطار الذي يعمل من خلاله الالتزام، أياً كان مصدره وأياً كانت صورته العملية.

وموضوعات هذا الفصل تبين لنا النطاق العام لحماية الدائن العادي. وتعتبر هذه الحماية الحد الأدنى الذي كفله القانون للدائن العادي باعتباره دائن الشريعة العامة.

وفي هذا الفصل سوف ندرس حق الضمان العام للدائن، ثم بعد ذلك نعرض لوسائل الحماية والضمان المقررة للدائن.

المبحث الأول

حق الضمان العام للدائنين

المقصود بالضمان العام: يقصد بالضمان العام أن «١ ـ أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. (٢) وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون» (م ٢٣٤ مدني).

كما تنص المادة ٢٦٨ موجبات وعقود لبناني على أن «للدائن حق ارتهان عام على مملوك المديون بمجموعة لا على أفراد ممتلكاته. وهذا الحق الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام[1] للمديون لا يمنحه حق التتبع ولا حق الأفضلية. فالدائنون العاديون هم في الأساس متساوون لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم، إلا إذا كانت هناك أسباب أفضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو عن الاتفاق».

وعلى ضوء هذا التعريف القانوني نستطيع أن ندرس فكرة الضمان العام في نقطتين أساسيتين: أولهما: تتعلق بخصائصه ونطاقه ووسائل المحافظة عليه. وثانيهما: الطبيعة القانونية للضمان العام.

---

(١) يلاحظ أن الدائن العادي للمدين لا يعتبر من خلفه العام على النحو السابق بيانه في آثار العقد من حيث الأشخاص في الجزء الأول.

المطلب الأول

خصائصه ونطاقه ووسائل المحافظة عليه

إذا كان للدائن العادي حق الضمان العام على ذمة مدينه فيجب علينا أن نوضح خصائصه المميزة، ونعرض لنطاقه وما يستدعي ذلك من بيان وسائل المحافظة عليه.

أولاً: جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه

وفي هذا الصدد سنعرض لنطاق الضمان العام، وما يستتبعه ذلك من وسائل للمحافظة عليه، وأخيراً نتعرف على طبيعة القواعد المنظمة له.

١ ـ نطاق حق الضمان العام: هذا يعني أن مسؤولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسؤولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وإنما تنصب على كافة الأموال التي يمتلكها المدين وقت التنفيذ.

فحق الدائن يرد على الضمان العام، على مجموع أموال المدين الحاضر منها والمستقبل، المنقول منها والعقار. وعلى ذلك فإن الضمان العام لا يقتصر على الأموال الموجودة وقت نشوء الالتزام ولكن يشمل أيضاً الأموال التي تدخل في ذمة المدين بعد ذلك. وكذلك فإن هذا الضمان العام لا يتعلق بمال معين، وإنما بمجموع الأموال المملوكة للمدين وقت التنفيذ.

وباديء ذي بدء يجب أن نشير إلى أن هذا الضمان العام يلعب دوراً بالنسبة إلى جميع الالتزامات أياً كان مصدرها. فسواء أكان مصدر الالتزام العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون، فإن أموال المدين ضامنة للوفاء بهذه الالتزامات دون تمييز.

وتدخل في ذمة المدين الحقوق الناشئة عن التصرفات التي يعقدها الوكيل، كما تتحمل بالالتزامات التي يرتبها هذا الأخير. لأن آثار هذه التصرفات تنصرف مباشرة إلى ذمة الموكل (م ١٠٥ مدني). وعلى ذلك فإذا كان المدين هو الذي يلتزم شخصياً فيجب أن يكون أهلاً لذلك. هذا بالنسبة للنيابة الاتفاقية. أما بالنسبة للنيابة القانونية، فإن الأصيل ملزم بما يقوم به النائب من تصرفات قانونية صحيحة في الحدود التي رسمها القانون[1]. وفي خارج دائرة التصرفات القانونية فإن ناقص الأهلية مسؤول عن فعله الضار (م ١٦٤ مدني) وعن إثرائه بلا سبب (م ١٧٩ مدني).

---

(١) السنهوري، الوسيط، جزء ١، ص ٢١٠.

ويدخل في الضمان العام للمدين المنقولات والديون التي تكون تحت يد الغير. فالأموال الموجودة تحت يد كل من المستأجر والمودع عنده، والمستعير، وصاحب حق الانتفاع لم تخرج قانوناً عن ذمة المدين ولذلك يمكن للدائن أن يحجز عليها تحت أيديهم. ولكن ينبغي أن نلاحظ أنه يمكن لهؤلاء أن يستفيدوا من الحق في الحبس حتى يستوفوا حقوقهم المرتبطة والمترتبة على وجود هذا الشيء بين أيديهم. ويمكنهم أن يحتجوا بهذا الحق في مواجهة الدائنين العاديين للمدين[1]. كما أنه إذا كان الحق المقرر على هذا الشيء حقاً عينياً، كحق انتفاع مثلاً، فينبغي على الدائنين العاديين الحاجزين احترام هذا الحق.

ويخرج من نطاق هذا الضمان الأموال التي لا يجوز الحجز عليها ويرجع عدم القابلية للحجز في بعض الأحيان إلى عدم قابلية المال للتصرف فيه. ومن أمثلة ذلك المال المشروط عدم التصرف فيه. وقد يتدخل المشرع ليمنع الحجز على أموال معينة سواء لاعتبارات إنسانية (م ٣٠٥ وما بعدها من قانون المرافعات) أو لاعتبارات المصلحة العامة (م ٨٧ مدني).

٢ ـ وسائل المحافظة عليه: أن حق الضمان العام بما يقرره للدائن من حماية لا يرفع مع ذلك يد المدين عن التصرف في أمواله أو الزيادة في التزاماته. ويترتب على ذلك أن يكون للمدين حرية التصرف في أمواله، فما يخرج من هذه الأموال سواء بطريق العوض أو بطريق التبرع، لا يعد داخلاً في نطاقه الضمان العام. كما أن ما يكتسبه المدين من أموال يدخل في ضمانه العام ويضمن الوفاء بديونه ولو كان ذلك كله بعد نشوء حق الدائن.

هذه الحرية ليست مطلقة، لأن المدين قد يضعف الضمان العام إما بإنقاص ما لديه من أموال أو بإضافة دائنين آخرين يزاحمون السابقين عند التنفيذ.

فقد يلجأ المدين إلى الصورية وذلك بأن يتنازل للغير عن مال من أمواله عن طريق تصرف ظاهر ويحتفظ بسند مستتر (ورقة الضد) والذي يدل على صورية التصرف. وفي هذه الحالة أجاز المشرع للدائن أن يلجأ إلى دعوى إعلان الصورية (م ٢٤٤ مدني) على النحو الذي سيأتي بيانه.

وقد يلجأ المدين إلى الغش بإبرامه تصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالاً من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس، أو يقوم بصفة عامة بإحلال الأموال الظاهرة في ذمته بأموال أخرى يمكن أن تفلت من الدائنين بسهولة، كأن يستبدل ما له من عقارات بأموال نقدية أو قيم منقولة يسهل عليه إخفاءها. لذلك قد تدخل المشرع ليحمي الدائنين من هذه التصرفات التي يجريها المدين بطريق الغش عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتي وردت

---

(١) G. Marty, P. Raynaud, Droit Civil. t III, Vol. I, No. 50.

أحكامها في المواد ٢٣٧ وما بعدها من التقنين المدني على النحو الذي سوف يأتي بيانه.

أخيراً قد يقف المدين موقفاً سلبياً، بأن يهمل في مباشرة حقوقه مما يترتب عليه إضعاف ضمانه العام. لذلك أجاز المشرع للدائن بمقتضى دعوى تسمى بالدعوى غير المباشرة أن ينوب عن مدينه في مباشرة حقوقه التي أهمل في مباشرتها (م ٢٣٥ و٢٣٦ مدني) على النحو الذي نستبينه فيما بعد.

علاوة على هذه الوسائل الموجهة مباشرة للمحافظة على الضمان العام هناك إجراءات ووسائل تحفظية مقررة للدائن في نصوص متفرقة، وتهدف أيضاً إلى المحافظة على أموال المدين، كأن يضع الأختام عليها أو يحرر بها محضر جرد، عند موته أو إفلاسه (م ٨٨١ مدني، م ٢٧٠ موجبات وعقود)، أو أن يتدخل الدائن في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدني) أو أن يدخل خصماً ثالثاً في الدعاوى التي يكون مدينه طرفاً فيها حتى يراقب سير الدعوى ويمنع التواطؤ أضراراً بحقوقه (م ١٢٦ مرافعات).

٣ ـ طبيعة القواعد المنظمة للضمان العام: إذا كان المدين يمكنه التصرف بحرية وبدون غش في أمواله على النحو السابق بيانه، إلا أنه لا يملك أن يتفق سلفاً على أن يكون هذا المال أو تلك غير داخل في نطاق الضمان العام، أو أن الضمان العام يكون محدداً بمجموعة معينة من الأموال، لأن القواعد المنظمة للضمان العام متعلقة بالنظام العام[١]. وهذا ما يمكن استنتاجه من صياغة المادة ٢٣٤ مدني نفسها[٢]. فسياق هذه المادة «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه» يدل على العموم ولا يدع أي مجال لمثل هذه الاتفاقات إلا ما استثنى بنص خاص. بالإضافة إلى ذلك فإن السماح بتحديد اتفاقي للضمان العام يتعارض مع فكرة الذمة المالية وفكرة الائتمان الشخصي. كما أن السماح بمثل هذه الاتفاقات يهدم مبدأ الضمان العام نفسه.

ومع ذلك يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن يكون تجريد المدين من أمواله وفقاً لترتيب معين، بحيث أن التجريد يبدأ أولاً بالأموال الأقل أهمية بالنسبة للمدين وهكذا. أن مثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً لأنه يضع في الاعتبار حقوق الدائنين وما يتفق مع مصالح المدين. كما أن هذا الاتفاق لا يتعارض مع مبدأ الضمان العام.

في بعض الأحيان يظهر في نفس الذمة المالية تخصيص بعض الأموال لتكون مجموعاً مستقلاً ومتميزاً عن الذمة ككل ويكون له جانبه الإيجابي والمستقل، ومثل هذه الحالة هي رخصة الترك والمنصوص عليها في التقنين البحري والتي تخول لمالك السفينة أن يحدد مسؤوليته بقيمة السفينة ونولونها بالنسبة للتصرفات والأفعال الصادرة من القبطان[٣]. فمالك

(١) A. Weill, F. Terré, Les Obligations, 2 édit, 1975 n. 821.

(٢) قارن نص المادة ٢٠٩٢ من التقنين المدني الفرنسي وتعليق الفقهاء عليه.

(٣) R. Rodière, Droit Maritime, Précis Dalloz, no., 142 et s.

السفينة له إذن ذمة بحرية مستقلة عن ذمته الشخصية.

ثانياً: جميع الدائنين متساوون في حق الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون:

وفي هذا يجب أن نعرض لمدى هذه المساواة، ووسائل كفالتها، وأخيراً أسباب الخروج عليها.

١ ـ مدى هذه المساواة: هذه الخاصية الثانية قد نصت عليها المادة ٢/٢٣٤ من التقنين المدني. وهي تعني أن الدائنين العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية على جميع الأموال الموجودة في ذمة مدينهم أياً كان تاريخ نشوء حقهم، وأياً كان تاريخ إكتساب هذه الأموال. وعلى ذلك فإن الدائن السابق لا يمكن أن يدعى أي أفضلية على الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التي وجدت في ذمة مدينه يوم أن تعامل معه. وبالمثل فإن الدائن اللاحق لا يستطيع أن يدعى حرمان الدائن السابق فيما يتعلق بالأموال التي اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين.

ويترتب على هذه المساواة أنه إذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كافية للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فإن هذا الثمن ينبغي أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أي يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم.

ولكن مما تجدر الإشارة إليه أن «مبدأ المساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية. فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال المدين، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمة ما ينتج عنه مقاسمة الغرماء، لكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً، فقد تكون غير متيسرة فعلاً. ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذه الدائن من إجراءات التنفيذ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية وإذا كانت لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ، تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا»[1].

٢ ـ وسائل كفالة هذه المساواة:

ولكفالة مبدأ المساواة بين الدائن في حق الضمان العام قد نظم المشرع المصري

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٣٨٣ ص ٧٢٠.

شهر أعسار المدين (م ٢٤٩ إلى ٢٦٤ مدني) وهذا النظام يهدف أساساً إلى حماية الدائن من مدين يسعى إلى إيثار بعض الدائنين على الآخرين. غير أن شهر الأعسار جوازي للقاضي وأن الإجراءات التي وضعها القانون لشهر الأعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الأداء، فهي لا تدفع خطر الأعسار وإن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه. كما أن شهر الأعسار لا يحرم الدائن من إتخاذ إجراء فردي للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقاً جوهرياً بين الأعسار المدني والإفلاس التجاري. ذلك أن الإفلاس نظام جماعي يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس. ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك، وهو وسيط بين التاجر المفلس ودائنيه. ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعي المنفرد. وعلى ذلك اكتفى المشرع بصدد الأعسار بأن جعل منه نظاماً قانونياً يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنية وذلك عن طريق شهر الأعسار.

وقد ترتب على عدم فعالية نظام الأعسار ندرة تطبيقه في الحياة العملية. ويعتبر قصور نظام الأعسار أحد الأسباب الرئيسية في ضعف الإئتمان المدني وقصوره، وما ترتب على ذلك من ضياع لحقوق كثير من الدائنين. ولذلك عمدت الدول المتقدمة في الوقت الحاضر إلى الالتجاء إلى نظام الإفلاس المدني، وذلك لتدعيم الإئتمان المدني وتشجيعه على النحو الذي سوف نراه.

٣ ـ أسباب الخروج عن هذه المساواة: إن مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقاً. فهناك أسباب للتقدم أو الأفضلية نص عليها القانون وكما أن هناك مراكز متميزة لبعض الدائنين العاديين تجعلهم يفلتون من مزاحمة الدائنين الآخرين لهم[١].

وأسباب التقدم التي نص عليها القانون تتعلق بالتأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية. وهذه التأمينات العينية تكون بتخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن. ولذلك فإن هذا الدائن المزود بتأمين عيني لا يتقدم على الدائنين العاديين أو على الدائنين التاليين له في المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال وحده.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن التأمينات العينية لا تلغي حق الضمان العام وإنما تعززه وتقوية. وعلى ذلك فإن الدائن المزود بتأمين عيني يمكن باعتباره دائناً عادياً أن يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه في هذه الحالة يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين العاديين كما أن هذا الدائن إذا لم يستوف كامل حقه من المال

(١) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ١٣ وما بعدها.

الذي تقرر عليه التأمين العيني لسبب أو لآخر استطاع أن ينفذ على سائر أموال المدين لاقتضاء ما يتبقى له.

أما بالنسبة للأسباب الأخرى. فإن الدائن يبقى دائناً عادياً ولكنه يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده في مركز متميز خارج نطاق التأمينات العينية. وهذه المراكز المتميزة ليست مقصودة في ذاتها لتحقيق ضمان معين للدائن، وإنما يتواجد فيها الدائن مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين العاديين الآخرين له. ومن أمثلة هذه المراكز المتميزة، الحق في الحبس، والمقاصة والدعوى المباشرة. وسوف نتعرض لهذه الأنظمة تفصيلاً فيما بعد.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لحق الضمان العام

إذا كان حق الضمان العام يجد مصدره في العلاقة القانونية التي تربط بين الدائن ومدينه، أي حق الدائنية، فإنه ينبغي مع ذلك ألا نخلط بينهما. كما ينبغي أن نفرق بين الضمان العام والضمان الخاص.

أولاً ـ حق الضمان العام وحق الدائنية:

في الواقع أن حق الضمان العام ينشأ بمجرد نشوء الالتزام ودون حاجة إلى أي إجراء شكلي آخر. ويترتب على ذلك أن حق الضمان العام لا يتجسد في الواقع إلا إذا لجأ الدائن إلى التنفيذ الجبري على أموال مدينه. فحق الضمان العام ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحددة التي تقع على عاتق المدين، أي عن حق الدائن في إقتضاء حقه جبراً على المدين بالتنفيذ على أمواله.

ونتيجة لهذا الارتباط الدقيق بين حق الضمان العام وحق الدائنية فقد يبدو لأول وهلة أن حق الضمان ليس إلا جزء من حق الدائنية، أو أنه داخل في تكوينه، ولذلك قد يبدو أن التنفيذ الجبري الذي يرتكز عليه حق الضمان العام وكذلك التنفيذ الاختياري ليسا إلا مرحلتين لنفس الشيء.

لكن هذا النظر لا يستقيم، بطبيعة الحال، إلا إذا ترتب على حق الضمان العام تنفيذ عين الالتزام. وذلك على اعتبار أن حق الضمان ليس إلا جزء من هذا الالتزام. لكن في الواقع، الأمر على خلاف ذلك، فحق الضمان العام ليس إلا نتيجة لحق الدائنية، ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحددة للمدين، فهو

ينشأ عنه دون أن يختلط به، لأن ما يعطيه للدائن ليس دائماً ما كان ينتظره من آداء معين، لكن يعطيه في بعض الأحيان مقابلاً مالياً لهذا الأداء. حتى في حالة ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فإن ما يحصل عليه الدائن، عند عدم تنفيذ المدين طوعاً واختياراً وقيام الدائن بالتنفيذ على أمواله بمقتضى حقه في الضمان العام، لا يتطابق مع ما كان ينتظره من أداء، خاصة في حالة إذا ما زاحمه في هذا التنفيذ باقي الدائنين.

فحق الضمان العام لا يخلو للدائن إلا الحصول من أموال مدينه، على قيمة معادلة للفائدة، التي كان يمثلها له تنفيذ الأداء، الذي كان ينتظره. وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين ما للدائن من حق في أداء معين وحقه في الرجوع على ذمة مدينه ليحصل على مقابل مالي لهذا الأداء. فحق الدائن في أداء معين يجب ألا يختلط بالوسيلة القانونية التي وضعت تحت تصرفه لأدراك هذا الحق وحمايته. فحق الضمان العام تابع لحق الدائنية ويكون في النهاية ضامناً له، ولكن إذا كان حق الضمان العام يشكل ضماناً بالنسبة لحق الدائنية فانه ينبغي ألا نخلط بينه وبين الضمان الخاص بالمعنى الفني الدقيق.

ثانياً ـ الضمان العـام والضمان الخاص:

حق الضمان العام يشكل النطاق العام لحماية الدائن العادي. وتعتبر هذه الحماية هي الحد الأدنى الذي كفله القانون للدائن العادي باعتباره دائن الشريعة العامة.

أما حق الضمان الخاص فهو حماية خاصة، أو تأمين خاص يحصل عليه الدائن بمقتضى إتفاق خاص مع مدينه، أو بمقتضى نص خاص في القانون أو حكم من القضاء يقرره له.

والضمان الخاص أو التأمين الخاص ينقسم إلى تأمين شخصي وتأمين عيني. في التأمين الشخصي يظل الدائن دائناً عادياً ولكن هذا التأمين يترجم في الواقع بضم مدين أو أكثر إلى المديـن الذي يراد ضمان دينه، فيكون أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلاً من مدين واحد، وحقه في الضمان العام يمتد بذلك إلى ذمتين فأكثر، فإذا أعسر أحدهم كان له في يسار الآخرين ما يضمن له الوفاء بدينه. ويدخل في هذا النوع من التأمينات الشخصية التضامن والتضامم وعدم القابلية للانقسام، والإنابة الناقصة وسوف ندرس

هذه الأنظمة خلال دراستنا لمقرر هذا العام، ولكن أهم صور هذه التأمينات هي الكفالة. وتدرس الكفالة في مقرر القانون المدني بالسنة الرابعة.

أما التأمين العيني فيتميز بتخصيص مال معين، أو مجموعة من الأموال لضمان الوفاء بحق الدائن. ويكون هذا الضمان في صورة حق عيني على هذا المال، أو هذه الأموال، وبمقتضى هذا الحق يكون للدائن فضلاً عن حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة تنصب على شيء معين تمكنه من تتبع هذا الشيء في أي يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفي حقه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين الآخرين.

وعلى ذلك فان المقارنة يجب أن تنعقد بين الضمان العام والتأمين العيني حيث أن قوام الخصوصية في التأمين الشخصي هو أن للدائن العادي أن يرجع على الضمان العام لأكثر من مدين حتى يستوفي حقه.

في الضمان العام فان مجموع أموال المدين هي التي تكون هذا الضمان، ويتعلق بهذا المجموع حقوق جميع الدائنين على قدم المساواة. وذلك بخلاف الأمر في التأمين العيني الذي يتعلق بمال أو أموال معينة بالذات. بالإضافة إلى ذلك أنه في بعض الأحيان يترتب على التأمين العيني حيازة الدائن للمال المخصص لضمان دينه، وذلك بعكس الحال في الضمان العام الذي لا يترتب عليه أي حيازة لأي مال من أموال المدين، ويترتب على ذلك أن للمدين سلطة التصرف في أمواله طالما أن التنفيذ لم يباشر على هذه الأموال[1].

على العكس من حق الضمان العام فان التأمين العيني يعد حقاً عينياً تبعياً. وبناء على ذلك فان للدائن صاحب التأمين العيني أن يتمتع بكل خصائص الحق العيني التبعي. أي يكون له حق التقدم على سائر الدائنين عند توزيع ثمن العين المبيعة، كما له حق تتبع العين في أي يد تكون ليباشر عليها حقه في الأفضلية أو التقدم بينما إعطاء حق التتبع للدائن العادي نتيجة لحقه في الضمان العام غير متصور، لأن ذلك سيؤدي إلى شلل المعاملات والتجارة. حيث أن أموال المدين التي تكون موجودة في ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستتجمد بين يديه نتيجة لاستعمال حق التتبع بالنسبة إلى جميع هذه الأموال. وسوف يؤدي هذا بطبيعة الحال إلى نزع كل ثقة وإئتمان عن المدين

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 822.

وبالتالي حرمانه من حريته في التصرف بل ومن أهليته[1].

وبالنسبة لحق التقدم فإن الدائن العادي السابق لا يتمتع بأي أفضلية عن الدائن اللاحق وإنما الكل يتزاحم على ثمن بيع أموال المدين بما يتضمنه ذلك من خطر عدم استيفائهم لحقهم كاملاً إذا كانت قيمة الأموال المباعة لا تكفي لسداد كل ديونهم. أما بالنسبة للدائن الممتاز أي المزود بتأمين عيني، فإنه غالباً ما يحتاط لذلك ويأخذ حقاً عيني على مال قيمته تفوق قيمة دينه حتى إذا ما بيع هذا المال يستطيع استيفاء حقه كاملاً وبسهولة وبالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

حق الضمان العام يعبر إذن عن علاقة حق شخصي وليست علاقة حق عيني، لأنه إذا كان للدائن العادي حق على ذمة مدينه، أي مجموع أمواله، فانه في الواقع حق على الذمة المالية باعتبارها تعبيراً عن الامتداد المالي للشخص، إذن فهو حق في مواجهة الشخص نفسه[2]. وبناء على ذلك فان الضمان العام يترجم فكرة الإئتمان الشخصي وذلك بالمقابلة بالإئتمان العيني.

في الإئتمان الشخصي نجد أن انتباه صاحب رأس المال منصب على شخص المدين، أي على نشاطه الاقتصادي العام، الخاص والمستقبل أو على شخصية من يلجأ إلى الإئتمان منظوراً إليها من زاوية المهنة التي يمارسها وحالة ذمته المالية من حيث اليسار. فالإئتمان تقرر مباشرة وأساساً للشخص دون أي اعتبار آخر. لأنه ليس هناك ضمان لهذه الالتزامات سوى شخص المدين وذمته المالية دون تخصيص مال معين لضمان الدين كما أن الدائن يقنع بالوسائل العامة المخصصة لضمان تنفيذ التزاماته. على العكس من ذلك نجد **في الإئتمان العيني** أن ثقة صاحب رأس المال محكومة بما يأخذه في اعتباره من أموال حالة للمدين مخصصة بصفة خاصة لضمان الوفاء بالتزامه، وحتى يتسنى له بسهولة استيفاء حقه بطريقة خاصة فعالة ومباشرة.

---

(١) B. Starck, Droit civil, introduction, No. 180.

(٢) أنظر عكس ذلك

J.Derruppé, la nature Juridique du Droit du preneur à bail et distinction des droits réels et des droits de créance, Toulouse,1952, No. 339 et s.

حيث استند إلى ما للدائن من سلطة على أموال مدينه ليقول أن هذا الحق حق عيني.

المبحث الثاني

وسائل الحماية والضمان المقرر للدائن

ونقصد بذلك الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائن العادي. وهذه الوسائل تمثل الحد الأدنى للحماية المقررة لأي دائن، أياً كانت صفته.

بعض هذه الوسائل مقررة للمحافظة على الضمان العام للدائنين كالدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية. والبعض الآخر مقرر للمحافظة على المساواة بين الدائنين، كالأعسار أو الأفلاس المدني.

كما أن هناك وسائل أخرى تلحق عادة بهذه الوسائل لما تعطيه للدائن العادي من حماية للحصول على حقه، بحيث أن هذا الضمان ينشأ كأثر لرابطة الالتزام حيث أن الدائن يبقى دائناً عادياً وإن كان يفلت من مزاحمة باقي الدائنين. مثل ذلك الدعوى المباشرة والحق في الحبس. فالضمان الذي تعطيه الدعوى المباشرة ينشأ نتيجة لوجود مجموعة من الروابط، أو مجموعة من العقود. كما أن الحق في الحبس يعطي للدائن ضماناً فعلياً نتيجة للمركز القانوني الذي تواجد فيه الدائن. هذه الضمانات غير مقصودة في ذاتها، وذلك على خلاف التأمينات العينية أو الشخصية، وإنما هي أثر للمركز القانوني الذي تواجد فيه الدائن مصادفة. ومما يجدر الإشارة إليه أن هناك فارقاً هاماً بين الحق في الحبس والدعوى المباشرة، وهو أن الحق في الحبس مقرر كقاعدة عامة بينما الدعوى المباشرة لا تتقرر إلا بنص خاص.

وعلى ذلك سوف ندرس هذه الوسائل في خمسة مطالب على التوالي:

- **المطلب الأول**: الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة.
- **المطلب الثاني**: الدعوى البوليصية.

- **المطلب الثالث**: دعوى الصورية.
- **المطلب الرابع**: الأعسار والإفلاس المدني.
- **المطلب الخامس**: الحق في الحبس.

المطلب الأول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

ولدراسة الدعوى غير المباشرة ينبغي علينا أن نعرض للتعريف بها، ثم ندرس نظامها القانوني، وأخيراً نعرض باختصار للدعوى المباشرة.

أولاً ـ التعريف بها:

ولنتعرف على الدعوى غير المباشرة يجب تحديد المقصود بها والغرض منها ثم الوقوف على طبيعتها وصفة الدائن في مباشرتها.

١ ـ المقصود بها والغرض منها:

الدعوى غير المباشرة action oblique وسيلة قانونية تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين التي يقعد هذا الأخير عن استعمالها أو المطالبة بها وذلك للمحافظة على الضمان العام.

وهذه الدعوى تهدف إلى المحافظة على الضمان العام من نتائج إهمال المدين في استعمال ما له من حقوق أو دعاوي عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه وباسم مدينه هذه الحقوق والدعاوي. فقد يؤدي هذا الإهمال إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على مال كان يدخل في ضمانهم العام لو أن المدين استعمل ما له من حق، ولا يكون في أموال المدين الأخرى ما يكفي لسداد ديونه كاملة، فيصيب الدائنين ضرر من جراء هذا الإهمال. فمثلاً إذا كان للمدين حق في مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه وأهمل في هذه المطالبة فيستطيع أحد دائنيه أن يقاضي باسمه، هذا الغير المسؤول مطالباً إياه بالتعويض، فإذا حكم بهذا التعويض فإنه يدخل في ذمة المدين. وكذلك يستطيع دائن البائع أن يرفع دعوى على المشتري يطلب إلزامه بالثمن أو الحكم بفسخ البيع لعدم الوفاء. أو أن يرفع دائن الوارث دعوى يطلب فيها الحكم لمدينه بنصيبه في الميراث.

وعلى ذلك يبين لنا أن لفظ «الدعوى» غير المباشرة يقصر عن الإحاطة بمظاهر استعمال الدائن لحقوق مدينه. إذ قد يوحى بأن استعمال حقوق المدين لا يكون إلا عن طريق رفع ما له من دعاوي باسمه فقط. وهذا غير صحيح حيث أن الدائن يستطيع أن يستعمل حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام الدائن بقيد رهن مقرر لضمان حق للمدين قبل الغير، أو قام بتسجيـل عقد اشترى به مدينه عقاراً، حتى تنتقل ملكية هذا العقار إلى المدين فيستطيع التنفيذ عليه.

أما وصف «غير المباشرة» فهو وصف صحيح، لأن الدائن لا يستعمل حقوق مدينه باسمه الشخصي وإنما باسم مدينه وبالنيابة عنه. كما أن الفائدة التي تنتج عن استعمال حق المدين لا تعود على الدائن إلا بطريق غير مباشر، حيث أن كل فائدة تنتج من استعمال هذه الدعوى تدخل الضمان العام ويستفيد منها جميع الدائنين، وهذا طبقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين ولهذه الأسباب وغيرها، كما سوف نرى، نجد أن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة محدود للغاية.

٢ ـ طبيعتها وصفة الدائن في مباشرتها:

قد يبدو لأول وهلة من القول بأن الدعوى غير المباشرة تهدف إلى المحافظة على الضمان العام أنها تعد طريقاً أو إجراء تحفظياً لكن في الحقيقة أن هذه الدعوى لا تقتصر على مجرد التحفظ على ذمة المدين بالحالة التي هي عليها، بل تهدف إلى المحافظة على الضمان العام كما يجب أن يكون لو أن المدين استعمل حقه بنفسه، ولذلك فانها ترمي إلى استعمال حق أو دعوى قصر المدين في استعماله، بما قد يؤدي إلى إضافة مال جديد إلى أموال المدين.

كما أن هذه الدعوى لا تعتبر من الطرق التنفيذية لأنها لا تؤدي إلى استيفاء الدائن لحقه مباشرة، وإنما تعمل على المحافظة على حقوق المدين من الإهمال تمهيداً للتنفيذ عليها بوسائل التنفيذ المعدة لذلك.

ولذلك فان الدعوى غير المباشرة تعد طريقاً وسطاً بين الطرق التحفظيـة والطرق التنفيذية[1]. فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ، وهي أضعف من

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٢٦، ص ٩٤٠، أنور سلطان المرجع السابق، فقرة ٩ ص ١٣.

الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه[1]. وهذه الطبيعة تنعكس تماماً على شروط هذه الدعوى وآثارها كما سوف نرى فيما بعد.

- صفة الدائن في مباشرتها: أن الغاية التي رصدت الدعوى غير المباشرة من أجلها هي تحقيق مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام دون أن يصل الأمر إلى حد القضاء على حرية المدين الشخصية[2] وقد طوع المشرع النيابة القانونية لإدراك هذه الغاية. ولذلك نجد أن سلطة النائب، الدائن، محكومة بهذه الغاية، مما له أثره الواضح على آثار هذه الدعوى.

وإذا كان الدائن يباشر حقوق مدينه بالنيابة عنه (م ٢٣٦ مدني وم ٣/٢٧٦ موجبات وعقود) فإن هذه النيابة القانونية تخرج عن القواعد العامة من ناحيتين:

أولهما: أن هذه النيابة مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل حيث أن هذه الدعوى يقصد بها المحافظة على الضمان العام للدائنين. **ثانيها:** أن المشرع اشترط إدخال الأصيل، أي المدين خصماً في الدعوى التي يباشرها الدائن نيابة عنه (م ٢٣٥/ ٢ مدني)[3].

وهذه الغاية التي من أجلها رصدت الدعوى غير المباشرة، وكذلك النيابة القانونية كأداة لإدراك هذه الغاية له إنعكاسه الواضح على شروط هذه الدعوى وآثارها. كما أن ذلك قد ميزها عن الدعوى المباشرة على النحو الذي سوف نراه.

ثانياً - نظامها القانوني:

وفي هذا الصدد سنعرض لنطاقها ولشروطها ولآثارها حتى تتكامل أمامنا صورة الدعوى غير المباشرة.

١ - نطاقها:

ونقصد من وراء ذلك تحديد ما يجوز استعماله من دعاوي وحقوق باسم المدين، وما لا يجوز استعماله من هذه الدعاوي والحقوق. وقد نصت المادة ٢٣٥/ ١ مدني على أنه «لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥٢٦، ص ٩٤٠.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٠، ص ١١٥١.
(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٤.

جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز».

كما تنص المادة ٢٧٦/١ موجبات وعقود على أن «يحق للدائنين أن يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوي المختصة به ما خلا الحقوق والدعاوي المتعلقة بشخصه دون سواه ولا سيما الحقوق والدعاوي التي يخرج موضوعها من دائرة إرتهانهم».

وتنص المادة ٢٧٦/ ٢ موجبات وعقود على أنه «غير أنهم لا يستطيعوا أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكه فهو يبقى متسلماً زمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله».

وعلى ضوء هذا النص يتحدد نطاق هذه الدعوى بالحقوق دون الرخص. وبالحقوق المالية، دون غيرها، لتعلقها بالضمان العام كما أن هذه الحقوق الأخيرة يجب ألا تكون متصلة بشخص المدين أو غير قابلة للحجز عليها. ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

أ ـ ما يجوز استعماله من حقوق ودعاوي باسم المدين وحدوده:

يتحدد مدى الحق المخول للدائن في استعمال دعاوي مدينه وحقوقه بالغرض منه. هذا الغرض كما سبق أن رأينا هو حماية الضمان العام بالمحافظة على ما سبق للمدين إكتسابه من حقوق، كقطع التقادم الحاصل ضد المدين أو تسجيل عقود شرائه، أو قيد رهن مقرر لمصلحته أو تجديد قيد الرهن، أو المطالبة بدين له خشي عليه من السقوط، أو الطعن في الأحكام الصادرة ضده بكافة طرق الطعن وما إلى ذلك، وعلى ذلك يخرج عن هذا الغرض، المحافظة على الضمان العام، وبالتالي يخرج من سلطة الدائنين محاولة إكساب المدين حقوقاً جديدة ليست له عن طريق عقد تصرفات باسمه[1].

وكذلك لا يدخل في سلطة الدائن مراقبة أعمال الإدارة التي يباشرها المدين على أمواله. فلا يجوز للدائن الاعتراض على إدارة المدين لأمواله أو مباشرتها عنه، ولو كانت سيئة، لأنه لا يقصد من الحق المخول للدائن في استعمال حقوق مدينه، وضع

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٠.

هذا الأخير تحت وصايته ومسخ شخصيته[1].

وفيما عدا ذلك يجوز للدائن، كقاعدة عامة، أن يستعمل جميع حقوق ودعاوي مدينه التي تؤدي إلى المحافظة على الضمان العام، إلا ما استثنى منها. لكن يجب أن يلاحظ أن سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه ليست من النظام العام. فيصح الاتفاق بين الدائن والمدين على منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التي كان يجوز استعمالها، فللدائن أن ينزل عن هذا الحق[2].

ب ـ ما لا يجوز استعماله من حقوق ودعاوي باسم المدين:

سبق أن رأينا أن المشرع قد أخرج طائفة من الحقوق من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة، وهي الحقوق غير القابلة للحجز عليها، والحقوق والدعاوي المتصلة بشخص المدين خاصة. ويضاف إلى ذلك أيضاً أن استعمال الدعوى غير المباشرة قاصر على الحقوق دون الرخص. ولنر ذلك تفصيلاً.

١ ـ الحقوق غير القابلة للحجز عليها: سبق أن قدمنا أن الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام وذلك باستعمال الحقوق أو الدعاوي التي يقعد المدين عن استعمالها تمهيداً للتنفيذ عليها. وعلى ذلك لا يجوز للدائن استعمال حق لا يدخل في الضمان العام، والحقوق غير القابلة للحجز لا تدخل في هذا الضمان، إذ لا سبيل للدائن للتنفيذ عليها على أي الأحوال، فلا جدوى من أن يستعملها الدائن باسم مدينه فلا يجوز للدائن مثلاً أن يطالب باسم مدينه بحق نفقة ما دام لا يستطيع التنفيذ على المبلغ المحكوم به.

٢ ـ الحقوق والدعاوي المتصلة بشخص المدين خاصة: يخرج سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه ما كان منها متصلاً بشخص هذا الأخير خاصة. وهذا الوصف ينطبق على نوعين من الحقوق:

ـ كافة الحقوق غير المالية، وعلة خروج هذه الحقوق هو عدم دخولها في نطاق الضمان العام للدائنين إذ لا يشمل سوى الحقوق المالية وحيث أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على هذا الضمان فانه يكون من غير المجدي استعمال هذه

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٠.

(٢) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص ١٢٠.

الحقوق. وحظر استعمال الحقوق غير المالية يعتبر حظراً مطلقاً ينصرف إلى جميع هذه الحقوق ولو كان في استعمالها ما يرتب آثاراً مالية، كالحق في ثبوت النسب قد يؤدي استعماله إلى ثبوت الميراث وكالحق في الطلاق يؤدي إلى إنقطاع الالتزام بالنفقة على الزوجة. فهذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه بل يكون لهذا المدين مطلق الحرية في تقدير مناسبة استعمالها.

ـ الحقوق المالية التي يتوقف استعمالها على النظر في اعتبارات أدبية لا يستطيع تقديرها سوى المدين وحده مثل ذلك حق الواهب في أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع في هبته لعذر مقبول (م ٥٠٠ مدني)، وكحق المؤلف في الحكم على صلاحية مؤلفه للنشر، وكحق المضرور في إقتضاء تعويض عما أصابه من ضرر أدبي، ما لم يكن هناك إتفاق على مقدار التعويض أو مطالبة قضائية به، إذ ينفصل الحق عن شخص المدين في هذه الحالات ويجوز للدائن استعماله[١].

ويلاحظ أن إتصال الحق المالي بشخص المدين أمر لا يتعلق بالنظام العام، بمعنى يجوز للمدين أن ينزل عن الحظر المقرر لمصلحته في هذا الشأن وأن يترك الدائن يباشر دعوى متصلة بشخصه، كذلك يجوز للدائن أن ينزل مقدماً عن حقه في مباشرة بعض الدعاوي ولو كانت غير متصلة بشخص المدين[٢].

٣ ـ الرخص المقررة للمدين: سبق أن رأينا أن الغاية التي رصدت من أجلها الدعوى غير المباشرة، تقوم على الموازنة بين حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام وعدم التدخل في شؤون المدين إلى حد القضاء على حريته الشخصية في تصريف شؤونه. ولذلك كان استعمال هذه الدعوى محكوماً بهذه الغاية وبالتالي يجب ألا يؤدي نظام الدعوى غير المباشرة إلى إخضاع المدين لنوع من الوصاية من جانب دائنيه.

وبناء على ذلك يذهب الفقه إلى أن الرخص Facultés تخرج كمبدأ عام من نطاق الدعوى غير المباشرة، لأن استعمال هذه الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام، بل زيادة هذا الضمان بإدخال حقوق جديدة في ذمة المدين، وهذا أمر يتعلق

(١) أنظر في أمثلة أخرى، إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٦٢، ص ١٥٣.
(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٢٢.

بشخص المدين وحده ولا يجوز للدائن أن ينوب عنه فيه[1].

وكما هو واضح فانه يقصد بالرخصة الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب المدين[2]. من ذلك مثلاً قبول إيجاب بيع أو مقايضة أو هبة، أو مطالبة بشفعة، أو استرداد حصة شائعة. ففي هذه الأمثلة جميعاً لا يجوز للدائن استعمال هذه الرخص نيابة عن مدينه.

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً، كان للدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه، ما دام أنه استوفى الشروط اللازمة، ولو كان ثبوت هذا الحق نهائياً في ذمة المدين متوقفاً على إرادته أو مشيئته. وهذا ما يسمى بالخيارات Options فالخيارات مشيئة تستند إلى حقوق سبق إكتسابها، ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر الحق نهائياً أو يردها فيزول الحق عنه. وفي هذا تفترق الخيارات عن الرخص فالخيار يفترض أن هناك حقاً نشأ، وإنما يتعلق الخيار باستعمال الحق، لا بإنشائه كما هو الحال في الرخص حيث يتوقف نشوء الحق ذاته على إرادة الشخص[3]. وعلى ذلك فان الخيارات لا يقصد بها إكساب المدين حقوقاً جديدة. بل تثبيت حقوق له فالوصية مثلاً ترتب أثرها دون حاجة إلى رضاء الموصى له، غير أن للموصي له بعد صدورها أن يقبلها فيثبت الحق له أو أن يردها فترد عنه. والاشتراط لمصلحة الغير يرتب الحق للمنتفع دون حاجة لقبوله، ولا يلزم القبول إلا لمنع نقض المشارطة، والأصل أنه يجوز للدائن أن ينوب عن مدينه في استعمال الخيارات لأنها لا تهدف إلى إنشاء حقوق جديدة، بل إلى تثبيت ما اكتسبه المدين منها. لكن إذا كان الخيار يقوم على اعتبارات أدبية لا يستطيع غير المدين تقديرها فانه يكون متعلقاً بشخص المدين خاصة ولا يجوز استعماله نيابة عنه»[4].

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٢٠ وقارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٥٤ وما بعده.

(٢) عبد المنعم البدراوي المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٣٢.

(٣) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص ١٢٣، ١٢٤.

(٤) أنور سلطان، المرجع السابق، الفقرة ٢٠ ص ٢١، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٢٤، وقارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٥٤ هامش ٢.

٢ ـ شروطها

تنص المادة ٢٣٥/ ٢ على أنه «لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب أعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى».

وعلى ضوء هذا النص نجد أن شروط هذه الدعوى تـدور حول فكرتين أساسيتين، إهمال المدين في استعماله لحقوقه، والمصلحة المشروعة للدائن في حماية الضمان العام. وعلى ذلك نجد أن من هذه الشروط ما يتعلق بالمدين، ومنها ما يتعلق بالدائن.

أ ـ الشروط التي تتعلق بالمدين:

لا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً للمدين إلا إذا كان هناك ما يبرر ذلك، أي إلا إذا توافرت له مصلحة في ذلك ولا توجد هذه المصلحة إلا إذا توافر شرطان: ١ ـ عدم استعمال المدين لحقه، ٢ ـ عدم استعمال الحق من شأنه إعسار المدين أو الزيادة في اعساره ـ ويضاف إليهما شرط شكلي وهو إدخال المدين في الدعوى.

١ ـ عدم استعمال المدين لحقه: يشترط لاستعمال الدائن حق المدين أن يقعد هذا الأخير عن مباشرته. ويستوي أن يكون عدم استعمال المدين لحقه عن عمد أو عن إهمال من جانبه.

وعلى ذلك إذا قام المدين بمباشرة حقه بنفسه، فلا يجوز للدائن بعد ذلك أن يتولاه عنه، عن طريق الدعوى غير المباشرة. لكن كل ما للدائن في هذه الحالة هو أن يتدخل خصماً في الدعوى ليراقب سير الإجراءات ليحول دون تواطؤ المدين أو تراخيه.

حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عن المدين فان هذا الأخير يستطيع أن يستعمل حقه بنفسه، ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها، وأن يترك أمر إتمامها للمدين، ولذلك يجب على الدائن ألا يبادر باستعمال الدعوى غير المباشرة بمجرد عدم استعمال المدين لحقه وإنما يلزم أن يتحقق من إحجام المدين عن استعمال هذا الحق. فإذا كان ما زال أمام

المدين متسع من الوقت لمباشرة حقه، امتنع على الدائن التدخل.

٢ ـ عدم استعمال الحق من شأنه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره: سبق أن قلنا أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هي حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام. ولذلك يتعين لمباشرة الدائن حق المدين، أن يكون في أحجام المدين عن استعمال هذا الحق إضرار بمصلحة الدائن، بأن كان يؤدي إلى أعسار المدين أو الزيادة في أعساره، مما يترتب عليه حرمان الدائن من الحصول على حقه كاملاً عند التنفيذ.

والمقصود بالإعسار هنا الإعسار الفعلي، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه، لا الأعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره طبقاً للمادة ٢٤٩ مدني وما بعدها. والعبرة، في تقدير هذا الإعسار، بكافة الديون ما استحق منها وما لم يستحق. فما دامت أموال المدين لا تكفي للوفاء بدونه جميعاً فللدائن مصلحة مشروعة في أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة.

وعلى ذلك إذا كان المدين موسراً، فلا يجوز للدائن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة إذ لا يكون له مصلحة في استعمال حق المدين. فطالما أنه في استطاعته الحصول على حقه كاملاً بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى فلن يصيبه ضرر من فوات الحق الذي لم يستعلمه المدين.

وعبء إثبات إعسار المدين يقع على عاتق الدائن بصريح نص المادة ٢/٢٣٥ مدني.

في القانون اللبناني لم يتضمن نص المادة ٢٧٦ موجبات وعقود هذا الشرط. لكن هذا الشرط يمكن يستفاد من شروط قبول الدعوى ذاتها، حيث من أهم هذه الشروط شرط المصلحة، فلا يجوز للدائن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة إلا إذا كان له مصلحة في استعمال حق مدينه نيابة عنه. وهذا لا يتأتى إلا إذا كان عدم استعمال المدين بنفسه لحقوقه ودعاويه من شأنه أن يسبب إعساره أو الزيادة في هذا الإعسار. فإذا كان المدين رغم عدم استعماله لحقه بنفسه ما زال موسراً بحيث يستطيع الدائن أن يستوفي حقه كاملاً بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى فلا تكون له مصلحة في الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة.

٣ ـ إدخال المدين خصماً في الدعوى: قد نصت المادة ٢٣٥/ ٢ مدني على أنه «لا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى».

وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصماً فيها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، والنتيجة العملية لهذا الشرط هو أن الحكم الذي يصدر في الدعوى يسري في حق المدين، ما دام قد أصبح طرفاً في الدعوى.

ويترتب على إدخال المدين في الدعوى أحد أمرين: اما أن يتخذ المدين موقفاً سلبياً من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الدعوى عنه، واما أن يتخذ موقفاً إيجابياً فيعمد إلى مباشرة الدعوى بنفسه، وفي هذه الحالة الأخيرة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها وأن يترك إتمامها للمدين، ويقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين.

ولا يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة أن يعذر الدائن المدين ليثبت عليه تقصيره في مباشرة حقه فقد استغنى المشرع بإدخال المدين خصماً في الدعوى عن إعذاره وذلك على اعتبار أن هذا الإدخال أقوى من الإعذار[1]. وقد نصت المادة ٢٣٥/ ٢ مدني صراحة على عدم ضرورة الأعذار.

في القانون اللبناني لم يتطلب المشرع إدخال المدين خصماً في الدعوى. لكن من الناحية العملية يقوم الدائن غالباً بإدخال مدينه خصماً في الدعوى ليتفادى أي منازعة مستقبلاً حول حجية الحكم وأثره بالنسبة للمدين. كما أنه ليس هناك ما يمنع من قيام المدعى عليه في الدعوى بإدخال المدين، أو أن يتدخل المدين من تلقاء نفسه في الدعوى، أو أن تأمر المحكمة بإدخاله إذا إرتأت ضرورة أو فائدة من ذلك.

ب ـ الشروط التي تتعلق بالدائن:

قد نصت المادة ٢٣٥/ ١ مدني على أنه « كل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، . . . . ».

وعلى ضوء هذا النص سوف نبحث الشروط الواجب توافرها في الدائن لاستعمال الدعوى غير المباشرة.

---

(١) السنهوري الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٣٩، ص ٩٥٧.

١ ـ شرط وحيد: أن يكون للدائن حق موجود أي محقق (Certain)

فحيث أن الغاية من الدعوى غير المباشرة، هي مجرد المحافظة على الضمان العام فانه يكون لكل دائن حق مباشرة هذه الدعوى ولكن يجب، على الأقل، أن يثبت لمن يستعملها صفة الدائنية، أي يكون له حق موجود أو محقق.

وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه احتمالياً (éventuel) كحق الوارث قبل موت المورث، أو متنازعاً فيه (Litigieux) أن يباشر هذه الدعوى، حيث أن دائنيته لا تكون محققة.

٢ ـ شروط استبعادية تأكيدية: لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء أو معلوم المقدار أو ثابتاً في سند تنفيذي. كما أنه لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذي يستعمله الدائن، أو أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين. ولنعرض باختصار لهذه الشروط.

ـ لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وذلك طبقاً لصريح نص المادة ١/٢٣٥ مدني. وعلى ذلك يستطيع الدائن تحت شرط واقف والدائن بدين مؤجل باستعمال الدعوى غير المباشرة.

ـ لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار، ما دام أنه حق ثابت ومؤكد. وعلى ذلك فالدائن الذي يكون حقه غير معلوم المقدار ـ كالمضرور من عمل غير مشروع ـ له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينه.

ـ لا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند تنفيذي، لأن الدعوى غير المباشرة وإن كانت تمهد للتنفيذ على أموال المدين إلا أنها ليست بذاتها إجراء من إجراءات التنفيذ.

ـ لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذي يستعمله بالدعوى غير المباشرة لأن الضمان العام مقرر للدائنين جميعاً بصرف النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، وهو مقرر على أموال المدين جميعاً بصرف النظر عن تاريخ اكتسابها.

وهذا الشرط يبرز الفارق الهام بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية كما سوف نرى. حيث أنه في الدعوى البوليصية يشترط أن يكون تصرف المدين الضار

والذي يطعن فيه الدائن بهذه الدعوى لاحقاً على نشوء حق هذا الدائن.

ـ لا يشترط أن يستصدر الدائن إذناً من القضاء بحلوله محل المدين في استعمال حقوقه، لأن نيابة الدائن عن المدين مقررة بحكم القانون (م ٢٣٦ مدني).

يتضح من ذلك أن الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو أن يكون حقه موجوداً أي محققاً. فكل دائن توافر في حقه هذا الشرط، مع توافر الشروط الأخرى لاستعمال الدعوى، يستطيع أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة، ويستوي في ذلك الدائن العادي أو الدائن المزود بتأمين عيني.

في القانون اللبناني يشترط علاوة على كونه حق الدائن موجوداً أو محققاً أن يكون مستحق الأداء وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٧٦/ ٣ موجبات وعقود بقولها «ويجوز للدائنين أن يداعوا مباشرة عن مديونهم بدون أن يجروا مقدماً أية معاملة للحلول محله في الحقوق والدعاوي المختصة به وإن كانوا لا يملكون سنداً تنفيذياً. ولكنهم لا يستطيعون الشروع في تلك المدعاة إلا إذا كان دينهم مستحق الأداء».

٣ ـ آثارها

أن أهم ما يحكم آثار الدعوى غير المباشرة الغاية منها، المحافظة على الضمان العام، والأداة المستخدمة في تحقيق هذه الغاية، النيابة القانونية. وهذا ما يعكسه نص المادة ٢٣٦ مدني مصري حيث تنص على أنه «يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه».

وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لكل من المدين، وهو الأصيل صاحب الحق، والخصم، أي مدين المدين، والدائن وهو النائب الذي يستعمل حق المدين. وكذلك بالنسبة لباقي الدائنين.

أ ـ بالنسبة للمدين: إن استعمال الدائن لحق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة لا يغل يد المدين عن هذا الحق. فالمدين يظل محتفظاً بحقه، ويستطيع أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات. فيجوز له أن ينقله إلى الغير، وأن يتصالح عليه مع الخصم، وأن يتنازل عنه. ولا يستطيع الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا عن طريق الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة

٢/٢٧٦ موجبات وعقود بقولها «غير أنهم لا يستطيعون أن تتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكه فهو يبقى متسلماً زمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله».

كما أن لمدين المدين أن يفي بالدين للمدين، فيكون وفاؤه صحيحاً نافذاً رغم وقوعه بعد قيام الدائن برفع الدعوى غير المباشرة[1].

ب ـ بالنسبة للخصم في الدعوى: يستطيع الخصم الذي يستعمل الدائن حق مدينه ضده أن يدفع في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المدين. فالدائن ليس إلا نائباً عن هذا المدين. فللخصم أن يدفع بجميع أسباب انقضاء الدين، التقادم، والوفاء والمقاصة، حتى ولو تم هذا الوفاء أو توافرت شروط هذه المقاصة بعد رفع الدعوى غير المباشرة، كما أن للخصم أن يتمسك بأوجه البطلان التي تشوب العقد، وذلك إذا كان الدائن يستند في مطالبته إلى عقد تم بين الخصم والمدين ـ فلا فرق إذن بالنسبة للخصم أن يكون المدين قد باشر حقه بنفسه، وبين أن يكون الدائن قد باشر هذا الحق نيابة عنه[2].

جـ ـ بالنسبة للدائن: فالدائن في استعماله لحق المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة يستعمله نيابة عن هذا المدين. ولذلك يستطيع أن يطالب الخصم بكل ما كان يستطيع أن يطالبه به المدين بصرف النظر عن مقدار أو طبيعة أو مصدر حق الدائن قبل المدين. فالدائن لا يختص بما يقضي به وإنما يدخل ذلك في الضمان العام للدائنين على النحو الذي سوف نراه في الفقرة التالية.

د ـ بالنسبة لباقي الدائنين: فحيث أن الدائن نائب عن المدين في المطالبة بحقه، فان الحكم الذي يصدر في الدعوى غير المباشرة إنما يصدر للمدين أو عليه. ولذلك ليس للدائن أن يطلب الحكم بإلزام الخصم بتأدية ما هو ثابت في ذمته للمدين إلى الدائن. فالدعوى غير المباشرة ليست وسيلة من وسائل التنفيذ وإنما هي وسيلة للمحافظة على الضمان العام. فهي وسيلة للتمهيد للتنفيذ، فإذا أراد استيفاء حقه يقوم بعد ذلك بإجراءات التنفيذ اللازمة.

---

(١) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٦٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ١٣٠.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢و فقرة ٥٥١، ص ٩٧٥.

وعلى ذلك فكل فائدة تنتج من استعمال حقوق المدين تدخل أمواله، وتكون ضماناً لجميع دائنيه (م ٢٣٦ مدني) فإذا نجح الدائن في دعواه وصدر الحكم في صالح المدين، فلن يقتصر الاستفادة منه على هذا الدائن وحده. فالحق إنما يحكم به للمدين فيشمله الضمان العام المقرر لكافة الدائنين ولهم جميعاً أن يشتركوا في التنفيذ عليه فيقسم بينهم قسمة غرماء دون أدنى محاباة للدائن رافع الدعوى. وهذا ما نصت عليه صراحة أيضاً المادة ٢٧٦/ ٤ موجبات وعقود بقولها «وتكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذي شرع في الدعوى امتياز ما على الآخرين».

وإذا خسر الدائن الدعوى فحكم لصالح الخصم، كان هذا الحكم حجة على المدين وبالتالي على سائر الدائنين. فالمدين قد اختصم حتماً في الدعوى بشخصه، فيكون للخصم الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك بحجية الشيء المحكوم فيه إذا ما عاد المدين فرفع الدعوى ثانية بنفسه، أو جاء أحد الدائنين الآخرين فرفعها ثانية باسم المدين[1].

ثالثاً: الدعوى المباشرة

وفي هذا الصدد سنعرض باختصار لتعريف الدعوى المباشرة ثم نعقد المقارنة بينها وبين الدعوى غير المباشرة، وأخيراً نعرض لبعض تطبيقات الدعوى المباشرة.

١ ـ التعريف بالدعوى المباشرة:

الدعوى المباشرة action directe وسيلة قانونية يقررها المشرع تسمح للدائن أن يسعى مباشرة باسمه شخصياً إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين.

هذه الوسيلة تهدف إلى تأمين الدائن بحمايته من خطر مزاحمة الدائنين والخضوع لقسمة الغرماء، وذلك لأن الدائن يستوفي حقه مباشرة دون أن يمر المبلغ المطلوب الوفاء به بذمة مدينه.

كما أنه يترتب على الدعوى المباشرة أن يمتنع على المدين أن يتصرف في حقه قبل مدينه، كما أنه يمتنع على مدين المدين، من وقت إنذاره، أن يوفي بهذا الحق

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٦٦.

لغير الدائن. ولذلك يصبح هذا الدائن في مركز متميز عن باقي الدائنين. وهذا المركز المتميز ليس مقصوداً في ذاته لتحقيق ضمان معين للدائن، حيث أن الدائن لا يسعى إلى إيجاد هذا المركز، وإنما يتواجد فيه الدائن مصادفة، حيث يتصادف أن يكون هناك مدين لمدينه ثابت في ذمته دين لهذا المدين، ويوجد نص قانوني يعطي للدائن في هذه الحالة حق الرجوع مباشرة على مدين المدين[1].

ويشترط لكي يستوفي الدائن حقه من مدين المدين أن يكون هذا الحق مستحق الأداء، ولا يكفي أن يكون خالياً من النزاع. كما أن الدائن في رجوعه على مدين المدين لا يستطيع أن يطلب بأكثر مما له في ذمه المدين، أي لا شأن له بما زاد في ذمة مدين المدين عن ذلك، وإذا تبين العكس بأن كان دينه أكبر مما على مدين المدين، يرجع بالفرق على المدين[2]. والدعوى المباشرة عندما تكون ناشئة عن وجود مجموعة عقدية[3] (كعقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن)، تعتبر خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد فهذه الدعوى تسمح للدائن، المؤجر في عقد الإيجار الأصلي، أن يطالب مباشرة مدين المدين، المستأجر من الباطن، بالرغم من أنه ليس طرفاً في هذا العقد، عقد الإيجار من الباطن.

٢ ـ مقارنة بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة:

سبق أن رأينا أن الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام، وأن وسيلتها في ذلك النيابة القانونية على النحو السابق بيانه. ولذلك كانت فائدة هذه الدعوى محدودة للدائن، وبالتالي كان هناك ندرة في استعمالها لوجود وسائل أكثر منها فعالية وجدوى، كحجز ما للمدين لدى الغير. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هل هناك تشابه في نظام الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة كما هو الشأن بالنسبة للتسمية؟

نستطيع أن نجيب على هذا التساؤل بالنفي، بل يمكننا أن نؤكد أن الدعوى

(١) أنظر في تفصيل طبيعة هذه الدعوى، السنهوري، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٥٦١، ص ٩٨٨ وما بعدها، وأستاذنا الدكتور جلال العدوي، المرجع السابق، ص ٢٦٧ والذي يرد هذه الدعوى إلى فكرة الحلول الشخصي، ص ٢٧٠.
(٢) أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٢٧٠.
(٣) أنظر في تفصيل أكثر:

J. Néret, Le sous contrat, Thése Paris II, L. G. D. J, 1979, Préf. P. Catala, No. 534 et s.

المباشرة تختلف عن الدعوى غير المباشرة في الهدف والوسيلة.

أ ـ النتائج المترتبة على إختلاف الهدف:

أولاً: الدعوى المباشرة لا تهدف إلى المحافظة على الضمان العام، وإنما إلى تأمين الدائن من مزاحمة باقي الدائنين، وبالتالي من تعرضه لقسمة الغرماء في استيفاء حقه.

ثانياً: لا شأن لاستعمال الدعوى المباشرة بإعسار المدين أو الزيادة في إعساره، ولذلك فان هذه الدعوى تؤمن للدائن حماية أكيدة في الحصول على حقه. بينما الدعوى غير المباشرة لا تحقق للدائن إلا حماية متأخرة إذ لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ولذلك فأن هذه الدعوى تهدف فقط إلى إنقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال. فهي لا تحول دون وقوع الخطر وإنما تهدف فقط إلى منع تفاقمه.

ثالثاً: أن هذه الدعوى تعد خروجاً عن مبدأ المساواة بين الدائنين لما تمنحه للدائن من مركز متميز، فهي تقرب من حق الامتياز، ولذلك لا تثبت للدائن إلا بنص تشريعي خاص[1].

ب ـ النتائج المترتبة على إختلاف الوسيلة:

أولاً: أن وسيلة هذا السعي المباشر لدى مدين المدين ليست النيابة القانونية، وإنما هذا السعي يتم مباشرة باسم الدائن شخصياً لا باسم المدين.

ثانياً: أن ثمرة هذا السعي المباشر ينفرد بها الدائن دون أن يشاركه فيها أحد.

٣ ـ تطبيقات للدعوى المباشرة:

من الثابت أن المشرع المصري، وكذلك المشرع الفرنسي لم يعرض للدعوى المباشرة بنص عام، بل اكتفى بتقريرها في حالات معينة وردت بشأنها نصوص خاصة، وسنشير باختصار إلى بعض هذه الحالات:

أ ـ في عقد الإيجار، نصت المادة ٥٩٦ مدني على أنه «يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت

---

(١) انظر في تفصيل أكثر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١ ص ١٥ وما بعدها.

أن ينذره». (أنظر المادة ٥٨٨ موجبات وعقود لبناني).

ب ـ في عقد المقاولة: نصت المادة ٦٦٢ مدني على أنه «يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل». (أنظر المادة ٦٧٨ موجبات وعقود لبناني).

جـ ـ في الوكالة: يجوز للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل، ولنائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل (م ٧٠٨ مدني وم ٧٨٤ موجبات وعقود لبناني).

المطلب الثاني: الدعوى البوليصية «L'action Paulienne»

قد يخطو المدين إلى الأمام خطوة أخرى في سبيل الأضرار بدائنيه، فإنه لا يقف عند الأهمال في استعمال حقوقه، وإنما قد يلجأ إلى الغش بإبرامه تصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالاً من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس. لذلك تدخل المشرع ليحمي الدائنين من هذه التصرفات عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتي وردت أحكامها في المواد ٢٣٧ وما بعدها من التقنين المدني. لذلك يجب أن نعرض للتعريف بها، ثم لنظامها القانوني.

أولاً ـ التعريف بها:

وفي هذا الصدد سنعرض لتحديد الهدف منها وأداة المشرع في تحقيق هذا الهدف، ثم نقف بعد ذلك على طبيعة هذه الدعوى، وأخيراً نعقد مقارنة بينها وبين الدعوى غير المباشرة.

أ ـ الهدف منها وأداة تحقيقه: إذا كان القاسم المشترك الأعظم بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام، إلا أن هناك اختلافاً جوهرياً في الموقف الذي تواجهه كلاً منهما. ففي حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبي للمدين من شأنه أن يضر بدائنيه، فان الدعوى البوليصية تواجه موقفاً إيجابياً ـ ذلك أن المدين لا يقتصر على مجرد عدم استعمال حقوقه، بل قد يتعدى ذلك إلى القيام بتصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها الضمان العام للدائنين.

ونتيجة لاختلاف طبيعة المواقف التي تواجهها كلاً من الدعويين فقد اختلفت الأداة القانونية المستعملة في كل منهما. فحيث أنه في الدعوى غير المباشرة كان الأمر قاصراً على مجرد إهمال المدين في استعمال حقوقه مما وجد في النيابة القانونية للدائن على المدين في استعمال هذه الحقوق ما يكفي لإدراك الهدف النهائي، وهو المحافظة على الضمان العام. بينما في الدعوى البوليصية كان الأمر أكثر خطورة مما اضطر المشرع إلى الالتجاء إلى أداة قانونية أكثر فعالية، فلجأ إلى تقرير عدم نفاذ التصرفات الضارة في حق الدائنين، ليصل بذلك إلى تحقيق الغرض النهائي من هذه الوسيلة، وهو المحافظة على الضمان العام.

ومجرد تنظيم المشرع للدعوى البوليصية يعتبر في ذاته، من الناحية الاجتماعية ذو قيمة تهديدية، يردع المدين عن العبث بأمواله، ليجعل منها احتياطياً خفياً بعيداً عن أيدي دائنيه، مما يجعل لهذا التنظيم طابعاً وقائياً.

ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني، وهي تسمى بالدعوى البوليصية نسبة إلى بريتور مشكوك فيه يدعى «بول» وقد نظمها التقنين الفرنسي في المادة ١١٦٧ بأن اقتصر على وضع المبدأ. وقد ساهم في تحديد نظام هذه الدعوى كل من التقاليد والقضاء الفرنسي. والفارق الضخم بين التنظيم الحالي للدعوة البوليصية وتنظيمها في القانون الروماني أن أصبحت هذه دعوة فردية، ولم تعد كما كانت جزء من تصفية جماعية لأموال المدين المعسر[١]. وقد عني المشرع المصري في التقنين الحالي بتنظيم تفصيلي لهذه الدعوى، فخصص لها سبع مواد من المادة ٢٣٧ إلى المادة ٢٤٣ من التقنين المدني. كما يلاحظ أن المشرع المصري استحدث تعديلات هامة سواء فيما يتعلق بشروط الدعوى أو في الآثار التي تترتب عليها[٢]. كما سنرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

في القانون اللبناني اقتصر المشرع في معالجة الدعوى البوليصية على إيراد نص المادة ٢٧٨ موجبات وعقود والذي ينص على أن «يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الأداء أن يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم

(١) أنظر Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 646 p. 458.

(٢) أنظر: السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥٦٨و ص ٩٩٩.

حقوقهم وكانت السبب في إحداث عجزه عن الإيفاء أو تفاقم هذا العجز. أما العقود التي لم يكن بها المديون إلا مهملاً للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ».

«وهذه الدعوى المسماة «بالدعوى البوليانية» يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدهم المديون خدعة. غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت إشتراكهم في التواطؤ مع المديون».

«ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الدين أقاموها، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم. أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله».

«وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات».

ب ـ طبيعتها: استقر الفقه في كل من مصر وفرنسا[1] على أن الدعوى البوليصية تعتبر وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم نفاذ تصرف مدينه[2].

فهذه الدعوى ليست دعوى بطلان، كما أنها ليست دعوى مسؤولية وإنما هي دعوى مستقلة هدفها المحافظة على الضمان العام للدائنين ووسيلتها في تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين[3].

جـ ـ مقارنة بين الدعوى البوليصية بالدعوى غير المباشرة:

تشترك الدعويان في الهدف النهائي وهو المحافظة على الضمان العام، ولذلك كان شرط أعسار المدين أو الزيادة في أعساره شرطاً ضرورياً في كل من الدعويين. ولذلك فان الحماية التي تحققها هاتين الدعويين تكون حماية متأخرة فهما يهدفان فقط

(١) انظر Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 635 P. 464.

(٢) في فرنسا أثر الحكم بعدم النفاذ قاصر على الدائن رافع الدعوى دون باقي الدائنين ما لم يكن المدين في حالة إفلاس، أنظر Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 653 P. 464.

(٣) انظر: السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٦٧ ص ٩٩٩، ٩٩٧، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٨٨، ١٨٩، أنور سلطان المرجع السابق، فقرة ٩٣ ص ٥٦ وما بعدها، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١١٦، ص ٢٥ وما بعدها، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٠٤ ص ٧٦١، جلال العدوي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

إلى إنقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال، فهما لا يحولان دون وقوع الخطر وإنما يهدفان إلى منع تفاقمه.

ومع ذلك فان الدعوى البوليصية **أكثر خطورة** من الدعوى غير المباشرة إذ هي تؤدي إلى تعطيل آثار تصرف جدي عقده المدين، في حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبي، وهو إهمال المدين في استعمال حقوقه.

كما أن الدعوى البوليصية **أبعد أثراً** من الدعوى غير المباشرة إذ هي تمس مصلحة شخص آخر غير المدين وهو المتصرف إليه.

وقد يترتب على ذلك أن **شروط الدعوى البوليصية أكثر تشدداً من شروط الدعوى غير المباشرة**. فنجد أن الدعوى البوليصية تقتضي أن يكون حق الدائن مستحقاً الأداء وسابقاً على تصرف المدين، بينما الدعوى غير المباشرة تكتفي بأن يكون حق الدائن محقق الوجود حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه. علاوة على ذلك يشترط في الدعوى البوليصية، إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة، أن يكون المدين قد ارتكب غشاً وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش في حين أنه لا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين، إذا لم يستعمل حقه، قد قصد الأضرار بدائنيه.

ثانياً ـ نظامها القانوني:

ونقصد بذلك تحديد مجال هذه الدعوى، ثم نعرض بعد ذلك لشروطها لنقف عقب ذلك على آثارها، وأخيراً نعرف كيف تتقادم هذه الدعوى.

أ ـ في مجالها:

ونقصد بذلك تحديد التصرفات التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية. ولتحديد هذه التصرفات هناك شروط معينة يجب توافرها في كل تصرف يريد الدائن أن يطعن فيه بهذه الدعوى، ونستطيع أن نجمل هذه الشروط في ثلاثة، **أولاً**، أن يكون التصرف تصرفاً قانونياً، **ثانياً**، أن يكون هذا التصرف مفقراً، **وثالثاً**، أن يؤدي هذا التصرف إلى أعسار الدين أو الزيادة في أعساره. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

(١) أن يكون تصرفاً قانونياً: فكل تصرف قانوني يصدر من المدين يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت باقي الشروط ويستوي أن يكون هذا التصرف

تصرفاً قانونياً من جانبيـن (عقداً) أو تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد، كنزول عن حق عيني (إنتفاع أو إرتفاق) أو نزول عن وصية صادرة لصالحه، أو نزول عن إشتراط لمصلحته، أو إبراؤه مديناً له، ويستوي أن يكون هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة، كالهبة والبيع، والمقايضة، والوفاء بمقابل، والشركة والصلح.

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصية في أعمال المدين المادية، فمثلها إذا تسبب المدين، عمداً أو إهمالاً في الأضرار بالغير بعمل غير مشروع والتزم بالتعويض، مما أدى إلى أعساره، فلا يجوز مع ذلك للدائن أن يطعن في هذا العمل لأنه عمل مادي.

وكذلك إذا ترك المدين عيناً مملوكة له في يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم، فانـه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادي السلبي بالدعوى البوليصية. لكن يجوز للدائن قبل تمام مدة التقادم أن يستعمل حق المدين في قطع التقادم بالدعوى غير المباشرة

وقد نظم المشرع صورتين خاصتين للدعوى البوليصية، التدخل في القسمة وقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدني على صورة هذا الطعن. وصور خاصة للطعن في الأحكام الصادرة ضد المدين. وهو الأعتراض الخارج عن الخصومة[١].

(٢) أن يكون التصرف مفقراً: ويتحقق ذلك في حالتين طبقاً لنص المادة ٢٣٧ مدني. **الحالة الأولى**: إذا أنقص التصرف من حقوق المدين، كأن يهب المدين عيناً مملوكة له، أو أن أبرأ مديناً من حق له في ذمته. ففي المثال الأول قد أنقص المدين من حقوقه إذا تبرع بحق عيني، وفي المثال الثاني قد أنقص المدين من حقوقه حقاً شخصياً، **الحالة الثانية**: إذا زاد التصرف في التزامات المدين، كأن يشتري عيناً بثمن يزيد كثيراً عن قيمتها، أو أن يقترض فيلتزم برد ما اقترضه، أو أن يتعهد بالإنفاق على شخص لا تلزمه نفقته قانوناً.

وهذا التحديد للمقصود بالتصرف المفقر قد استحدثه التقنين المدني المصري الحالي (م ٢٣٧ مدني)، حيث أن التصوير التقليدي لهذا الشرط يذهب إلى أن تصرف

(١) أنظر في تفصيل ذلك، السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٧٦ ص ١٠١٠ وما بعدها، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ٤٢، فقرة ٤٧ ص ٤٢.

المدين لا يعتبر مفقراً إلا إذا كان من شأنه إنقاص حقوقه فقط دون التصرفات التي يكون من شأنها زيادة التزاماته، وهذا التحديد يعتبر تحديداً قاصراً حيث أن المدين يستطيع الأضرار بدائنية عن طريق زيادة التزاماته ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائنين باليمين قد سلبه منه بالشمال[1].

في القانون اللبناني لم يرد به نصاً مقابلاً لنص المادة ٢٣٧ مدني مصري ولذلك يذهب الرأي الراجح فقهـاً وقضاء إلى اعتناق التصوير التقليدي الذي يذهب إلى قصر التصرف المفقر على التصرف الذي من شأنه إنقاص حقوق المدين فقط دون التصرفات التي يكون من شأنها زيادة التزاماته. وهذا الرأي منتقد على النحو السابق بيانه. كما أنه ليس هناك ما يحتم الأخذ به، بل على العكس من ذلك إطلاق نص المادة ٢٧٨ موجبات وعقود يسمح باعتناق التفسير السليم والذي يشمل النوعين من التصرفات التي شملها النص المصري.

لكن ما هو الموقف بالنسبة لامتناع المدين عن زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته، هل يدخل في نطاق الدعوى البوليصية على اعتبار أنها مقررة للمحافظة على الضمان العام؟؟

من المقرر أن امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته لا يدخل في معنى المحافظة على الضمان العام. وبناء على ذلك لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات المدين التي من شأنها امتناع زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته. فلو رفض المدين هبة عرضت عليه فلا يجوز لدائنيه الطعن في هذا الرفض حيث أن هذا الرفض لا يترتب عليه تجريده من حق كان داخلاً في ضمانه العام وبالتالي لا يعتبر عملاً مفقراً ـ وكذلك الحال في رفض إنقاص الالتزامات، حيث أنه ليس من شأن ذلك الرفض أن يسوء حالته. وقد كان من مقتضى هذا الحكم أنه لا يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية في نزول المدين عن حق في التمسك بالتقادم، سواء كان تقادماً مكسباً أو مسقطاً، لأن ذلك يعد من قبل الامتناع عن زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته وليس ذلك بالتصرف المفقر لكن المشرع رأى أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت ولذا قرر في المادة ٣٨٨/ ٢ مدني أن النزول عن التقادم المسقط

(١) أنظر في عرض انتقادي لهذا التحديد التقليدي، السنهوري، الوسيط، جـ٢ فقرة ٥٧٧ ص ١٠١٣ وما بعدها.

لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم، وأخذ بنفس الحكم في المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب[١].

وقد نصت أيضاً المادة ٣٤٦/٣ موجبات وعقود لبناني على أنه «وإذا كان لعدوله (عن التمسك بالتقادم) صفة الاحتيال جاز لدائنيه أن يحصلوا على إبطال ذاك العدول بإقامة الدعوى البوليانية».

(٣) أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره:

لا يقصد بالإعسار في الدعوى البوليصية الإعسار القانوني وإنما يكفي الإعسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة ديون المدين على حقوقه ـ وعلى ذلك يجوز للدائن أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية، ما دامت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه جميعاً، سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة.

ويشترط للطعن بالدعوى البوليصية في التصرف أن يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، أي يشترط أن يكون التصرف هو الذي تسبب في إعسار المدين، أو في زيادة إعساره إن كان معسراً من قبل. أما إذا بقي المدين موسراً رغم التصرف المفقر ثم طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً، فلا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في هذا التصرف.

ويلاحظ أن مجرد إعسار المدين لا يقيد حريته في التصرف، فإذا تصرف المدين تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً في زيادة إعساره فإن التصرف لا يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية[٢] وعلى العكس من ذلك قد يكون التصرف معاوضة ومع ذلك يؤدي إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره، ولذلك يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية. مثال ذلك أن يبيع المدين عيناً له بثمن بخس أو يبيع عيناً له لإخفاء ثمنها عن دائنيه، أو يشتري عيناً من آخر مع محاباة المشتري في الثمن[٣].

والأصل أنه على الدائن، وهو المدعي أن يثبت إعسار المدين وقد كان من

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٧٩ ص ١٠١٩، ١٠٢٠. وانظر أيضاً أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٤٤، ٤٥.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٨٦ ص ١٠٢٩.

(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٤٦، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٠، ص ١٧٣.

مقتضى ذلك أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون ومقدار ما لديه من أموال لكي يصل إلى عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه، إلا أن المشرع، تيسيراً على الدائن، قد اكتفى منه بإثبات ما في ذمة مدينه من ديون. فإن فعل، قامت قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسراً. وبذلك يكون على المدين أن يثبت أنه غير معسر، أي أن له من الأموال ما يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها (م ٢٣٩ مدني)، فإذا فشل في ذلك اعتبر معسراً.

ب ـ شروطها:

الأصل أن للمدين حرية التصرف وأن تصرفاته نافذة في حق دائنيه، لكن قد يقدم المدين على بعض التصرفات بقصد الأضرار بدائنيه، لذلك وضع المشرع وسيلة قانونية، الدعوى البوليصية، تخول الدائنين الحق في الطعن في هذه التصرفات وطلب الحكم بعدم نفاذها، ولكي يستعمل الدائن هذه الوسيلة الخطيرة ينبغي أن يكون هناك ما يبرر ذلك. ولذلك نجد أن المشرع قد أحاط استعمال هذه الوسيلة بشروط مشددة تتعلق بكل من الدائن والمدين تتناسب مع ما يترتب على استخدام هذه الوسيلة من أثر. ولنر هذه الشروط بشيء من التفصيل.

١ ـ الشروط المتعلقة بالدائن؛

يستطيع أي دائن أياً كان مصدر دينه، وأياً كان محل حقه أن يستعمل الدعوى البوليصية إذا توافرت ثلاثة شروط، أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يكون التصرف ضاراً بالدائن، وأن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه. ولنعرض لهذه الشروط بالتفصيل:

أولاً: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء: وفي ذلك تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة ـ ويرجع هذا الفرق إلى أن الدعوى البوليصية أبعد أثراً من الدعوى غير المباشرة، حيث أنها تتضمن تدخلاً أبعد مدى في شؤون المدين. فالدعوى البوليصية يستعملها الدائن باسمه لا باسم المدين ويقصد من ورائها الطعن في تصرف جدي صادر من المدين ليحصل على حكم بعد نفاذه، في حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر فقط على أن تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقاً من حقوق ذلك المدين، قد أهمل في استعماله.

وبناء على ذلك لا يكون للدائن بحق مؤجل لم يحل بعد أجل استحقاقه أن يستعمل الدعوى البوليصية، ومن باب أولى يكون الأمر كذلك إذا كان حق الدائن معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو كان متنازعاً عليه.

ثانياً: أن يكون التصرف ضاراً بالدائن: إذا كان الهدف الثاني من الدعوى البوليصية حق المحافظة على الضمان العام، إلا أن هدفها المباشر هو الطعن في تصرف جدي للمدين وذلك للحصول على حكم بعدم نفاذه. لذلك يجب أن يكون هناك مبرر قوي للالتجاء إلى هذه الدعوى. ومن هنا إشترط المشرع أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن لأنه إذا لم يكن كذلك انعدمت مصلحته في رفع الدعوى.

والتصرف لا يكون ضاراً بالدائن إلا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن في استيفاء حقه ـ وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى البوليصية إذا كان المال محل التصرف مما لا يجوز الحجز عليه، أو كان مستغرقاً بحقوق عينية مقررة للغير. وكذلك لا يجوز للدائن الطعن في تصرف مدينه إذا تعلق بحق متصل بشخصه، كما لو تنازل عن حقه في الرجوع في الهبة، أو تنازل عن حقه في التعويض عن ضرر أدبي مثلاً. وذلك يرجع إلى أنه لو بقي الحق للمدين ولم يتنازل عنه فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمله بالدعوى المباشرة وبالتالي فلم يصبه ضرر من جراء هذا التنازل.

ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع الاستمرار في الدعوى إذا انتفى شرط الضرر، كأن يستوفي الدائن حقه من المدين أو من المتصرف إليه، أو إذا قام الأخير بإيداع ثمن المثل في خزانة المحكمة (م ٢٤١ مدني).

ثالثاً ـ أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه:

وهذا الشرط مرتبط إرتباطاً وثيقاً بالشرط السابق، حيث أن تصرف المدين لا يكون ضاراً بالدائن إلا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن في استيفاء حقه، وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين، إذ لو كان تصرف المدين هو السابق على نشوء حق الدائن لم يكن من المتصور أن يكون هناك ضرر قد أصاب الدائن من جرائه، إذ هو لم يكن دائناً عند انعقاده، ولا محل للقول عندئذ أن التصرف قد أضعف ضمانه العام.

ومع ذلك يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين ولو كان سابقاً على نشوء

حقه، إذا كان المدين قد عقد هذا التصرف بقصد الأضرار بحق هذا الدائن المستقبل، مثال ذلك أن يبيع المدين أو يهب بعض ماله في وقت يسعى فيه لعقد قرض ويتم القرض بعد إتمام البيع أو الهبة، بالدعوى البوليصية رغم أن تصرف المدين سابق على نشوء حق الدائن وذلك إذا كان المقصود من التصرف هو إبعاد الشيء المبيع أو الموهوب عن متناول يد الدائن عند نشوء حقه وذلك إذا توافرت الشروط الأخرى.

وإذا كان الأصل هو وجوب أن يكون حق هذا الدائن سابقاً في الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه، فإن العبرة في ذلك هي بتاريخ حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه، فيكفي أن يكون الحق موجوداً قبل التصرف لكي يستطيع الدائن أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية عند استحقاق أدائه. وعلى ذلك فإذا كان حق الدائن قد نشأ قبل تصرف المدين، ولكنه كان مقترناً بأجل واقف، جاز للدائن أن يطعن في التصرف بالدعوى البوليصية بمجرد حلول الأجل، ولو لم يحل الأجل إلا في تاريخ لاحق لتاريخ انعقاد التصرف. وكذلك الحال بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف.

أما بالنسبة لتصرف المدين فإن العبرة بتاريخ إنعقاده لا بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات الواجبة الشهر. وعلى ذلك إذا كان المدين قد تصرف ببيع عقار له، فإن الدعوى البوليصية لا تقبل إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على إنعقاد البيع، حتى ولو لم يسجل البيع.

ويقع على الدائن الطاعن عبء إثبات وجود حقه قبل تصرف المدين طبقاً للقواعد العامة. فإذا كان مصدر حق الدائن واقعة قانونية فإنه يكون له إثبات تاريخ نشوء حقه بكافة طرق الإثبات. أما إذا كان مصدر حق الدائن تصرفاً قانونياً فهل يشترط أن يكون لسند الدائن تاريخ ثابت؟؟ لم يرد في التقنين المدني المصري ما يفيد وجوب هذا الشرط، بل بالعكس جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن «المشروع قد آثر إغفال هذا الشرط إقتداء بالمشروع الفرنسي الإيطالي، ولا سيما أن القضاء المصري قد جرى على ذلك. والواقع أن الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار، دون أن يكون قد احتاط من قبل بإثبات تاريخ الدين»[1] وعلى ذلك يكون التاريخ العرفي لسند الدائن حجة على المتصرف إليه، وإن كان لهذا الأخير

(١) الأعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٦٣٢.

أن يقيم الدليل، بكافة طرق الإثبات على أنه قد قدم بالتواطؤ مع المدين للأضرار به.

كما أنه لا يشترط في التصرف المطعون فيه أن يكون له تاريخ ثابت، خاصة وأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ ـ وبناء على ذلك يكون التاريخ العرفي لتصرف المدين حجة على الدائن، وإن كان له أن يثبت أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لحرمانه من الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات.

صور خاصة بالتصرف الضار: قد نصت المادة ٢٤٢ مدني على صورتين يعتبر تصرف المدين فيهما ضاراً بفريق من الدائنين، لما يستتبعه من إفتقار بالنسبة إليهم مما يجيز الالتجاء إلى الدعوى البوليصية، الصورة الأولى تتمثل في أن يلجأ المدين إلى توفير سبب من أسباب التقدم لأحد الدائنين لم يكن له وقت نشوء دينه، والصورة الثانية تتمثل في أن يوفي المدين أحد دائنيه دون غيره من الدائنين، ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

الصورة الأولى: إذا هيأ المدين المعسر لأحد دائنيه، دون حق، سبباً من أسباب التقدم على الباقين لم يكن له وقت نشوء دينه، بأن يرهن له مثلاً مالاً من أمواله، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً، فتصرفه على هذا النحو يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية (م ٢٤٢/ مدني). فإذا كان تقرير هذا الضمان الخاص قد تم لقاء مقابل حصل عليه المدين، بأن مد الدائن له في أجل الدين أو منحه أجلاً جديداً، أو حط عنه جزء من الدين، اعتبر التصرف من قبيل المعاوضات، ووجب إثبات التواطؤ بين المدين والدائن المتصرف إليه. وإذا كان الدائن لم يؤد مقابلاً لما قرر له من ضمان خاص كان تصرف المدين تبرعاً وبالتالي لا يلزم إثبات الغش. ويترتب على الطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصية حرمان الدائن المتصرف إليه من الميزة التي قررها له المدين.

الصورة الثانية: **إذا آثر المدين أحد دائنيه بوفائه حقه** دون الباقين قبل الأجل الذي عين أصلاً للوفاء، كان وفاؤه بمثابة التبرع فلا يسري في حق باقي الدائنين. ويتعين على الدائن أن يرد ما تسلمه من المدين لكي يقتسمه الدائنون جميعاً مع بقية أموال المدين قسمة غرماء. ولا يشترط لذلك إثبات أن الوفاء كان منطوياً على غش. أما إذا كان الوفاء قد تم عند حلول أجل الدين فإنه يأخذ حكم المعاوضات، ويشترط لإمكان الطعن فيه بالدعوى البوليصية توافر التواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه (م ٢٤٢/ ٢).

في القانون اللبناني لا يوجد نص مقابل لنص المادة ٢٤٢ مدني مصري ومع ذلك يمكن الأخذ بنفس هذه الأحكام لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الدعوى البوليصية.

٢ ـ الشروط المتعلقة بالمدين والمتصرف إليه:

يشترط في هذا الصدد أن يكون هناك تواطؤ بين المدين والمتصرف إليه إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة. لكن قد تتعقد الأمور أكثر ويتصرف المتصرف إليه إلى شخص آخر، فما هو مركز هذا الشخص، أي ما هو مركز خلف المتصرف إليه. ولنبحث هاتين النقطتين على التوالي:

أولاً ـ الغش في المعاوضات: تنص المادة ١/٢٣٨ مدني على أنه «إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر».

بالنسبة للمدين، فإن المقصود بالغش أن تتوافر لدى هذا المدين نية الأضرار بالدائن، ولكن لما كان الغالب أن المدين، إذ يقدم على تصرف يعلم أنه سيسبب أعساره أو زيادة إعساره، إنما يريد بذلك الأضرار بدائنيه فقد عمد المشرع، تخفيفاً على الدائن، إلى الأخذ بأمارة الغالب، فجعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش[1] وعلى ذلك يكفي أن يثبت الدائن أن التصرف قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر حتى يعتبر التصرف منطوياً على الغش على أن هذه القرينة ليست بقاطعة إذ يجوز إثبات عكسها، فيجوز للمدين أن ينفي دلالتها بأن يثبت أنه رغم علمه بالأعسار لم يقصد بتصرفه الأضرار بدائنيه، كما لو أثبت أنه قصد بتصرفه توفير حاجياته الضرورية، أو أن التصرف كان من التصرفات العادية التي تقتضيها مهنته، أو أنه أقدم على التصرف بالرغم من علمه بإعساره، لاعتقاده أن هذا الإعسار مؤقت سيزول في المستقبل بسبب هذا التصرف ذاته الذي كان يرمي به إلى ترويج أعماله.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧١، ص ١٧٥.

ولا يكفي غش المدين، بل يجب أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية. على أن المشرع كما يسر على الدائن غش المدين، كذلك يسر عليه إثبات علم المتصرف إليه بغش المدين، بأن اكتفى منه في إثبات هذا العلم، بإقامة الدليل على علم من صدر له التصرف بإعسار المدين (م ٢٣٨/ ١ مدني) فإذا أقام الدليل على ذلك، توافرت القرينة القانونية على علم المتصرف إليه بغش المدين. على أن هذه القرينة ليست قاطعة إذ يجوز للمتصرف إليه أن يثبت أنه بالرغم من علمه بأعسار المدين إلا أنه كان حسن النية يجهل أن المدين يقصد الأضرار بدائنيه، كما لو كان التصرف الصادر إليه من المدين تصرفاً عادياً تقتضيه أعمال مهنته[1].

أما إذا كان التصرف تبرعاً، فهو لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً (م ٢٣٨/ ٢ مدني) والحكم في هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات واضحة، إذ ليس من المقبول أن ينفذ تبرع المدين في حق دائنيه في الوقت الذي ليس لديه فيه ما يكفي لسداد ديونه. كما أن حسن نية المدين لا يغير من الأمر شيئاً. علاوة على ذلك فالتفاضل هنا يكون بين الدائن والمتبرع له، وهذا الأخير قد تلقى الحق بدون مقابل، وعدم نفاذ التبرع في حق الدائن يراد به أن يدفع عنه الضرر الذي سببه التبرع، بينما لا يترتب على ذلك بالنسبة للمتبرع له سوى تفويت منفعة تلقاها بغير مقابل، فدفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون المتبرع له حسن النية.

في القانون اللبناني لم يفرق المشرع بين المعاوضات والتبرعات وإنما اشترط غش المدين في جميع الأحوال. وهذا ما يتضح بجلاء من نص المادة ٢٧٨ موجبات وعقود سواء في فقرتها الأولى أو الثانية. أما بالنسبة للمتصرف إليه فانه يلزم اشتراكه في الغش مع المدين المتصرف وهذا ما نصت عليه المادة ٢٧٨/ ٢ موجبات وعقود بقولها «. . . . غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا أثبت إشتراكهم في التواطؤ مع المدين».

ثانياً ـ مركز خلف المتصرف إليه: وهذا يتعلق بحالة ما إذا كان المتصرف إليه

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٥٤، ص ٤٩.

قد تلقى حقاً عن المدين، فصار خلفاً لهذا المدين في خصوص هذا المال، ثم تصرف فيه بدوره إلى شخص آخر، هذا الشخص يعتبر خلفاً للمتصرف إليه، أي خلف الخلف، والسؤال الآن هل يستطيع الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الخلف الثاني؟؟ وإذا كان هذا جائزاً فما هي الشروط؟.

في هذه الحالة يجب تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة خلف المتصرف إليه، أي خلف الخلف، وعلى ذلك يجب تعزيز حماية الدائن عن طريق تمكينه من ملاحقة التصرفات التي يعقدها المتصرف إليه، أي خلف المدين أيضاً. وفي المقابل، يجب بسط الحماية على خلف المتصرف إليه، أي خلف الخلف، وخاصة إذا كان حسن النية وكان التصرف الصادر إليه معاوضة. وقد راعى المشرع هذه الاعتبارات جميعاً ـ فنصت المادة ٣/٢٣٨ مدني على أنه «إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض أو كان هذا الخلف الثاني يعلم أعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً».

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه المشكلة لا تثور من أساسها إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه نافذاً في حق الدائن، إذ في هذه الحالة لن يستطيع الدائن أن يطعن بعد ذلك في التصرفات اللاحقة. ويتحقق ذلك إذا كان المتصرف إليه، خلف المدين، قد تلقى حقه معاوضة وكان حسن النية.

أما إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه غير نافذ في حق الدائن (تبرع أو معاوضة تنطوي على غش المدين وعلم المتصرف إليه بذلك) فانه استكمالاً لحماية الدائن يجب تمكينه من الطعن في التصرفات التي يعقدها المتصرف إليه، خلف المدين، وذلك إذا توافرت شروط معينة.

ولمعرفة مركز خلف المتصرف إليه، أي خلف الخلف يجب التفرقة بين فرضين؛

الفرض الأول: إذا كان التصرف الثاني، أي الصادر من المتصرف إليه، خلف المدين، تبرعاً، فإن موقف الدائن من هذا التصرف يتحدد وفقاً لطبيعة التصرف

الأول، أي التصرف الصادر من المدين إلى المتصرف إليه، فيما إذا كان هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة: (١) فإذا كان هذا التصرف تبرعاً كذلك يستطيع الدائن أن يطعن في التصرف الثاني ودون أن يشترط الغش في جانب أحد. (٢) أما إذا كان هذا التصرف معاوضة، فلكي يطعن الدائن في التصرف الثاني يشترط أن يكون التصرف الأول منطوياً على غش من المدين وأن يكون خلفه على علم بهذا الغش، ولا يشترط شيء في جانب خلف المتصرف إليه أي خلف الخلف لتلقي حقه بدون مقابل.

الفرض الثاني: إذا كان التصرف الثاني أي الصادر من المتصرف إليه، خلف المدين، معاوضة، فإن موقف الدائن من هذا التصرف يتحدد وفقاً لطبيعة التصرف الأول ، أي التصرف الصادر من المدين إلى المتصرف إليه ، فيما إذا كان هذا التصـرف تبرعاً أو معاوضة: (١) فإذا كان هذا التصرف تبرعاً فلا يشترط علم المدين ولا علم المتصرف إليه بهذا الغش ، ولكنه يشترط علم خلف المتصرف إليه، أي خلف الخلف بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للمتصرف إليه (م ٢٣٨/ ٢ مدني) إذ يجب حماية خلف الخلف حسن النية ما دام قد تلقى حقه معاوضة. (٢) أما إذا كان هذا التصرف معاوضة كذلك، فيشترط أن يكون منطوياً على غش من جانب المدين وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش، ويجب علاوة على ذلك أن يكون خلف المتصرف إليه، خلف الخلف، عالماً بغش المدين وبعلم المتصرف إليه بهذا الغش.

في القانون اللبناني لم يرد فيه نصوص مقابلة للنصوص الواردة في القانون المصري، ومع ذلك يمكن الأخذ بهذه الأحكام لأنها تتسق مع القواعد العامة الواردة في هذا الخصوص.

جـ ـ آثارها:

تنحصر آثار الدعوى البوليصية في عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن وباقي الدائنين الذي هم في نفس مركزه، أي الذين صدر التصرف أضراراً بهم ويترتب على ذلك أن التصرف المطعون فيه بالدعوى البوليصية لا يبطل بل يظل صحيحاً بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه.

ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

١ ـ آثارها بالنسبة للدائن الطاعن ولباقي الدائنين

ـ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن وباقي الدائنين الذين في نفس مركزه:

إذا توافرت الشروط السابقة للدعوى البوليصية، ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها ولم يقم المتصرف إليه بإيداع ثمن المثل في خزانة المحكمة طبقاً لنص المادة ٢٤١ مدني، حكمت المحكمة بعدم نفاذ التصرف. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هل هذا الحكم يقتصر أثره على الدائن الذي رفع الدعوى أم أنه يستفاد منه باقي الدائنين؟ وإذا كان الأمر كذلك فإلى أي حد وطبقاً لأي شروط؟

في القانوني الفرنسي تهدف الدعوى البوليصية إلى حماية الدائن من غش مدينه. وفي هذا ما يفسر الأثر الفردي المحض لهذه الدعوى، وهو عدم نفاذ التصرف المطعون فيه إلا بالنسبة للدائن الذي باشرها. كما أنه لا يستفاد من ثمرة هذه الدعوى إلا هذا الدائن. وعلى ذلك فان الدائن الذي استحصل على الحكم بعدم نفاذ التصرف لا بتحمل مزاحمة سائر الدائنين له في المال موضوع التصرف المطعون فيه[١]. وعلى العكس هذه الدعوى تفيد جميع الدائنين عند ممارستها في حالة إفلاس المدين وذلك عملاً بمبدأ المساواة بين الدائنين[٢].

في القانون اللبناني اعتنق المشرع المبدأ الذي أخذ التقنين الفرنسي به من اعتبار أن الدعوى البوليصية ليست إلا إجراء فردياً يقتصر أثرها على الدائن الذي رفعها دون أن يستفاد من ذلك باقي الدائنين الذين لم يدخلوا معه في الدعوى. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٧٨/ ٣ موجبات وعقود بقولها «لا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم. أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله».

في التقنين المدني المصري الحالي، الهدف من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام وتأكيد مبدأ المساواة بين الدائنين في حق الضمان العام. وهذا يتفق

(١) وقد كان هذا هو نفس الحكم في التقنين المدني السابق، أنظر السنهوري الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٠٢ ص ١٠٦٢.
(٢) أنظر:

Ph. Malaurie, L. Aynès, Les obligations, Op. Cit., No. 653. p. 464.

مع الاتجاه العام الذي توخاه المشرع عندما نظم الأعسار وضيق من حق الاختصاص[١]. وعلى ذلك إذا عمد الدائن الذي حصل على الحكم بعدم نفاذ التصرف إلى إتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذي عاد إلى الضمان العام، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البوليصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل في إجراءات التنفيذ فيشارك الدائن الأول مشاركة غرماء، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عيني يخوله هذا التقدم. وبذلك تتحقق المساواة بين الدائنين، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البوليصية قبله، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً[٢] وهذا ما قررته المادة ٢٤٠ مدني بنصها على أنه «متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف أضراراً بهم[٣].

ومقتضى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية هو عدم إلحاق الضرر بهم وكذلك عدم إفادتهم منه. لأنه لا يعقل أن يتمسكوا في نفس الوقت بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من التزام وبنفاذه فيما ينشأ عنه من حق لهم.

ـ وتطبيقاً لذلك إذا كان التصرف الذي تقرر عدم نفاذه **يتضمن إنقاصاً لحق من حقوق المدين**، كبيع أو هبة أو إبراء، فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن الطاعن وغيره من الدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية التنفيذ عليه. ويترتب على ذلك أن المال المتصرف فيه لا يعتبر في ضمان دائني المتصرف إليه، وبالتالي يمتنع عليهم أن يشاركوا دائني المتصرف في هذا التنفيذ. ومع ذلك إذا كان محل التصرف مبلغاً من النقود مسلماً إلى المتصرف إليه، أو ديناً أبرىء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٦٢٤ ـ وبذلك تكون الدعوى البوليصية قد استعادت بعضاً من صبغتها الرومانية، حيث كانت في القانون الروماني دعوى جماعية يرفعها ممثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع. أما التقنين المصري الحالي قد أخذ بحل وسط وهو أن الدعوى البوليصية لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين ـ وقد سبقه إلى ذلك كل من التقنينين المدني البرتغالي في المادة ١٠٤٤، والتقنين البرازيلي في المادة ١١٣ (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤).

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٠٢ ص ١٠٦٣.

(٣) أنظر ما أثير من مناقشات حادة حول هذه القاعدة في لجنة مجلس الشيوخ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٦٢٢ وما بعدها.

منه ، فلا مناص من أن يتعرض دائنو المتصرف، في تنفيذهم على أموال المتصرف إليه للحصول على المبلغ المستحق عليه، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائني المتصرف إليه، لأنه في مثل هذه الحالات لا يطالب دائنو المتصرف بشيء معين بالذات وإنما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على جميع أموال المتصرف إليه وهي ضمان دائنيه.

وعلى ذلك إذا قام المدين بتقرير رهن أو إرتفاق على مال له فإن الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية ينفذون على هذا المال خالصاً من هذا الحق العيني الذي تقرر للغير. وإذا كان تصرف المدين بالبيع أو بالهبة اعتبر الشيء المبيع أو الموهوب لا يزال في ضمانهم العام، وإذا كان تصرف المدين إبراء لذمة لمدين له، فان الدين يظل باقياً في ذمة المدين بالنسبة إليهم ويستطيعون توقيع حجز ما للمدين لدى الغير عليه.

وبالمثل إذا كان التصرف يتضمن إنشاء التزام جديد في ذمة المدين، كما لو اشترى عيناً أو اقترض مالاً، فأصبح بذلك مديناً بالثمن أو بمبلغ القرض فإن المتصرف إليه، البائع أو المقرض، لا يعتبر دائناً بالنسبة للدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية، وبالتالي لا يستطيع مزاحمتهم في التنفيذ على أموال المدين. وإذا كان المدين قد وفى له بالتزامه، فان الوفاء لا ينفذ في حقهم، ويجب عليه رد ما قبضه.

وفي مقابل ذلك يمتنع على الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية الاستفادة من ذلك التصرف فإذا كان التصرف شراء حكم بعدم نفاذه فانه لا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراة. وإذا كان التصرف بيعاً ولم يدفع المشتري الثمن بعد فلا يجوز مطالبته به، وإذا كان قد دفعه واستفاد منه الدائنون بأن أوفى المدين به بعض ما عليه من ديون وجب عند التنفيذ على العين المبيعة بوصفها ما زالت في ملك البائع مراعاة مقدار ما استفادوا منه واستنزاله من الثمن الذي يرسو به المزاد. أما إذا لم يترتب على تصرفات المدين أية فائدة لهم، كما إذا أخفى المدين الثمن الذي قبضه، وهو الغالب كان لهم أن ينفذوا بحقوقهم على العين المبيعة بكل قيمتها.

٢ ـ آثارها بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه

بقاء التصرف صحيحاً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه:

سبق أن قلنا أن الهدف من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام وتأكيد مبدأ المساواة فيما بين الدائنين في حق الضمان العام، ووسيلتها في ذلك هي عدم نفاذ التصرف في حق الدائن والطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصيـة. وعلى ذلك لا يترتب على الدعوى البوليصية إبطال التصرف وإنما يبقى صحيحاً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه، حيث أنه استجمع أركانه وشروط صحته بالنسبة لطرفيه. وإذا كان قد قصد من إبرامه الأضرار بالدائن أو غيره من الدائنين فالجزاء المناسب لذلك هو عدم نفاذه في حقهم لا إبطاله.

وعلى ذلك فان التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ في حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية وصحيحاً نافذاً فيما بين الطرفين، المدين والمتصرف إليه.

وتطبيقاً لذلك، إذا كان التصرف بيعاً مثلاً ظلت العين مملوكة للمشتري طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين، بحيث إذا بقي منها أو من ثمنها شيء، بعد أن يستوفي دائنو المدين البائع، الذين يتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية حقوقهم، طبقاً لمبدأ عدم إغفال التصرف، كان الباقي من حق المشتري لا المدين البائع. كما يلزم المشتري في المقابل بتنفيذ جميع التزاماته.

لكن صحة هذا التصرف ونفاذه بين الطرفين لا ينسينا عدم نفاذه في حق الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية. ولذلك فان التوفيق بين هذين المبدأين قد يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة.

وعلى ذلك فإذا كان التصرف بيعاً، فان مقتضى صحته ونفاذه بين المتعاقدين، المدين البائع والمشتري، أن يكون من حق المشتري قبل البائع أن تخلص له ملكية العين المبيعة، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفي الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية حقوقهم من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف وتفادي هذا التعارض يقتضي تطبيق القواعد العام فيرجع المشتري على المدين البائع بضمان الاستحقاق، أو يطلب فسخ البيع.

كما أن للمشتري أن يرجع على المدين البائع بما استوفاه الدائنين، حيث أن ذلك قد حصل من ماله، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب، شأن كل شخص وفى ديناً عن الغير[1].

د ـ تقادمها:

نصت المادة ٢٤٣ مدني على أنه «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرفات بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف».

والعلة في النص على مدة الثلاث سنوات هي أن الدعوى البوليصية تجعل مصير التصرف غير مستقر، ولذلك لم يرد المشرع أن يترك الأمر إلى القاعدة العامة في التقادم الطويل وحدها. وعلى ذلك فإن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين:

١ ـ بمضي ثلاث سنوات تبدأ لا من تاريخ التصرف ولا من تاريخ علم الدائن به، بل من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذه في حقه. فقد يعلم الدائن بالتصرف ولا يعلم أن من شأنه أن يسبب إعسار المدين أو أنه منطو على غش إذا كان معاوضة، ولذلك لا تبدأ مدة الثلاث سنوات إلا من وقت علمه بذلك. وعلى ذلك إذا سقطت الدعوى بالنسبة لأحد الدائنين امتنع عليه مشاركة الباقين في التنفيذ على المال محل التصرف، إذا تمسكوا بذلك في مواجهته.

٢ ـ بمضي خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف وبذلك بالنسبة لجميع الدائنين، ولو لم يعلم الدائن بالتصرف أو سبب عدم نفاذه إلا في وقت متأخر.

في القانون اللبناني تسقط الدعوى البوليصية في جميع الأحوال بانقضاء عشر سنوات من الوقت الذي صدر فيه التصرف (م ٢٧٨/ ٤ موجبات وعقود). وهذه هي لمدة العادية لتقادم الدعاوى.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٠٦ ص ١٠٦٩.

المطلب الثالث: الدعوى الصورية

تمهيد:

ـ تجاوز أهداف دعوى الصورية المحافظة على الضمان العام:

إذا كان هناك إجماع في الفقه على دراسة أحكام الصورية بصدد دراسة وسائل المحافظة على الضمان العام للدائنين[1] إلا أن هذا لا ينبغي أن يخفي هنا حقيقة هامة، وهو أن الغرض من الصورية لا يقف فقط عند حد الأضرار بالدائنين، وإنما تتجاوز ذلك إلى تحقيق أغراض أخرى غير الأضرار بالدائنين، كان يكون القصد منها التهرب أو التحايل على أحكام القانون.

ولذلك نجد أن المشرع قد أجاز للدائن أن يلجأ إلى دعوى الصورية ليهدم بكافة طرق الإثبات الأوضاع الظاهرة التي يصطنعها المدين ويكون من شأنها إيهام الغير بخروج بعض الأموال من ذمته كذباً وذلك للمحافظة على الضمان العام للدائنين.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع قد أعطى، بصفة عامة لكل ذي مصلحة أن يطعن في التصرفات الصورية بدعوى الصورية، سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفاً عاماً أو خاصاً لأحدهم أو من الغير.

خطة الدراسة: على ضوء ما تقدم سوف ندرس أولاً الدعوى الصورية كوسيلة لحماية الدائن، ثم نعرض ثانياً، للنظرية العامة في الصورية.

أولاً الدعوى الصورية كوسيلة لحماية الدائن:

وهنا يجب أن نقف على الهدف النهائي للدعوى الصورية وكذلك الوسيلة القانونية التي لجأ إليها المشرع لتحقيق هذا الهدف ثم نعقد بعد ذلك المقارنة بين الدعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة.

١ ـ الهدف والأداة:

الهدف النهائي لدعوى الصورية في هذا المجال هو المحافظة على الضمان العام

---

(١) انظر مع ذلك الفقه الفرنسي، حيث تدرس الصورية بصدد دراسة آثار العقد وقوته الملزمة.

- J Flour, et J. L. Aubert-les obligations, V. I, L'acte juridique, 1975, No. 377, P. 297, Ph. Malaurie, L. Aynès Op. Cit., No. 412, P. 282 et S.

للدائنين. وهي في ذلك تتفق مع الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة.

والوسيلة القانونية التي لجأ إليها المشرع لتحقيق هذا الهدف هو الاعتداد بحقيقة ما اتفق عليه الطرفان لا بالتصرف المصطنع أو المظهر الكاذب الذي أخفى تحت ستارة حقيقة الواقع للإضرار بالدائنين. ولذلك فقد أتاح المشرع للدائن إثبات صورية تصرف المدين بكافة طرق الإثبات. فإذا أثبت الدائن صورية التصرف فإن لبقية الدائنين، دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم الاستفادة من الحكم الصادر بصورية التصرف فيكون لهم جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف إذ هي في الحقيقة لم تخرج من ملك المدين أي لا زالت في ضمانهم العام.

والصورة العملية لإضرار المدين بدائنيه هو أن يلجأ في سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه إلى التصرف فيها تصرفاً صورياً لا وجود له في الحقيقة. فمثلاً قد يلجأ المدين إلى بيع عين مملوكة له بيعاً صورياً. ففي الحقيقة هذا البيع لا وجود له لأن المدين لم يتخل عن ملكية المبيع لأنه يحتفظ في مواجهة المشتري الظاهر بما يسمى عادة بورقة الضد، وذلك لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفاً صورياً. وبناء على ذلك فإن افتقار المدين المترتب على هذا التصرف المصطنع ليس إلا افتقاراً ظاهرياً، ولكن دائن البائع لن يستطيع التنفيذ على العين المبيعة بحقه إلا إذا أثبت حقيقة الواقع. أي إلا إذا أثبت صورية البيع، وسبيله إلى ذلك رفع دعوى الصورية.

٢ ـ مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية وبالدعوى غير المباشرة:

إذا كان القاسم المشترك بين هذه الدعاوى الثلاث هي المحافظة على الضمان العام للدائنين إلا أنه مع ذلك هناك فروق جوهرية بينهم سواء من حيث الوسيلة أو من حيث الشروط. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أ ـ دعوى الصورية والدعوى البوليصية: إن الفروق الجوهرية بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية ترجع إلى أمرين الأول: الموقف الذي رصدت الدعوى لمواجهته. والثاني: الوسيلة القانونية المقررة لمواجهة هذا الموقف.

فمن حيث الموقف نجد أن الدائن في الدعوى البوليصية يطعن في تصرف جدي صادر من المدين، قصد به الإضرار بالدائنين ـ بينما نجد أن الدائن في دعوى الصورية

يطعن في تصرف صوري للمدين قصد به الإضرار بالدائنين.

أما من حيث الوسيلة، فإن الدائن عندما يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية فإنه يطلب الحكم له بعدم نفاذ تصرف انصرفت إليه إرادة المدين على وجه جدي ـ ولذلك فإن الدعوى البوليصية أكثر خطورة لأنها تمثل قيداً على حرية المدين في التصرف. في حين أن الدائن في دعوى الصورية عندما يطعن في تصرف المدين فإنه لا يبغي من وراء ذلك إلا إثبات صوريته ليصل إلى الاعتداد بحقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين لا تفويت هذه الإرادة.

وعلى ضوء ذلك يمكن معرفة الفروق الجوهرية من حيث الشروط ومن حيث المدى.

من حيث الشروط: نجد أنه لا يشترط في الدعوى الصورية بأن يكون حق الدائن مستحق الأداء أو أن يكون سابقاً على التصرف المطعون فيه، أو أن يكون المقصود بالتصرف الإضرار بالدائن. كما لا يشترط أيضاً أن يكون التصرف قد أدى إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. غير أنه يجب أن يكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى، ولن تتحقق هذه المصلحة في الغالب من الأحوال إلا إذا كان المدين معسراً، (وإن لم يشترط أن يكون التصرف الصوري هو سبب الإعسار). فلو كان للمدين أموال أخرى يستطيع الدائن أن يستوفي حقه كاملاً، فلا مصلحة له في أن يطعن بصورية تصرف المدين[1].

بالإضافة إلى ذلك لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم، أما الدعوى البوليصية فتسقط بالتقادم القصير، ثلاث سنوات من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف في حق الدائن، وذلك لأن هذه الدعوى تجعل مصير التصرف مهدداً، فلم ير المشرع أن يترك الأمر إلى القاعدة العامة في التقادم الطويل وحدها.

أما من حيث المدى، فإن أثر الدعوى الصورية لا يقتصر على الدائن الطاعن بل يفيد منه جميع الدائنين دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم وذلك على خلاف الدعوى البوليصية الذي يقتصر أثرها على الدائن الطاعن والدائنين السابقة ديونهم على تصرف المدين، إذ هم وحدهم الذين يتحقق فيهم شرط أضرار التصرف بهم.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٣ ص ١٩٢، ١٩٣.

ب ـ دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

على ضوء ما تقدم نلاحظ أن هناك أوجه شبه بين كل من الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية. فلا يشترط فيهما أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، أو أن يكون سابقاً على تصرف المدين. كما أن كل من الدعويين تؤديان إلى اشتراك جميع الدائنين في الإفادة من الحكم الصادر فيهما دون أدنى قيد. غير أن هذا التشابه لا يحجب الفروق الجوهرية بين الدعويين:

(١) إن الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم مدينه، في حين أن دعوى الصورية يرفعها الدائن باسمه الشخصي باعتباره من الغير. ولذا يكون له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات.

(٢) لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون تصرف المدين قد سبب إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، بخلاف الحال في الدعوى غير المباشرة إذ يشترط أن يؤدي عدم استعمال الحق إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره.

ثانياً ـ النظرية العامة في الصورية:

سبق أن رأينا أن موضوع الصورية لا يقف عند حماية الدائن عن طريق المحافظة على الضمان العام وإنما يتجاوزه لتحقيق أغراض أخرى، لذلك يجب استكمالاً للبحث، دراسة النظرية العامة في الصورية، وفي هذا الصدد سنعرض للتعريف بالصورية. ثم ندرس بعد ذلك أحكام الصورية.

١ ـ التعريف بالصورية:

وفي هذا الصدد يجب أن نحدد أولاً ماهية الصورية ونعرض بهذه المناسبة لأنواعها، ثم بعد ذلك نستطيع أن نميز الصورية عما قد يشتبه بها من أنظمة قانونية:

أ ـ ماهية الصورية وأنواعها:

يقصد بالصورية إخفاء الأطراف لإرادتهم الحقيقية وراء مظهر كاذب وعلى ذلك تتحقق الصورية في كل مرة يتفق فيها شخصان على إجراء تصرف ظاهر يخفي حقيقة العلاقة بينهما.

وعلى هذا النحو تفترض الصورية وجود تصرف ظاهر Acte ostensible,

apparent وهو العقد الصوري Acte Simulé, fictif وتصرف مستتر Acte secret وهو العقد الحقيقي Acte réel أو ما يسمى عادة بورقة الضد Contre-lettre.

ويرمي الاتفاق المستتر أو العقد الحقيقي إما إلى محو كل أثر للتصرف الظاهر، وإما تعديل أو نقل بعض آثاره. ولذلك يلزم حتى تتحقق الصورية على هذا النحو أن يكون هناك تعاصر بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر وإلا كنا بصدد اتفاق جدي سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق[١] ويتوافر هذا التعاصر ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا في وقت لاحق[٢] طالما أن إرادة الطرفين كانت متجهة من بادىء الأمر إلى محو آثار التصرف الظاهر والتعديل فيها.

وعلى ضوء ما تقدم فإن الصورية نوعان، صورية مطلقة وصورية نسبية.

الصورية المطلقة:

تتناول هذه الصورية وجود التصرف ذاته، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، كما أن الورقة المستترة لا تتضمن تصرفاً آخر يختلف عن التصرف الظاهر. ويقتصر دور الورقة المستترة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو في حقيقته عقد صوري لا وجود له. ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر بيعاً صورياً ليوفر له النصاب المالي المطلوب للترشيح في مركز معين، كعضوية مجلس نيابي، أو للعمدية، أو ليظهر في مظهر ذوي اليسار حتى يتسنى له الانضمام إلى جمعية أو نادي أو شركة يتطلب هذا المظهر.

الصورية النسبية:

في هذه الصورية يتعاصر وجود تصرفين، تصرف حقيقي، وتصرف صوري،

---

(١) J. Flour, J. L. Aubert, Op. Cit., p. 297.
وانظر أيضاً، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ٦٠.

(٢) نقض مدني ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ١٠٢ رقم ٣٠.

ويقصد من وراء التصرف الصوري إما إخفاء طبيعة التصرف الحقيقي، أو بعض شروطه أو أحكامه، أو شخصية أطرافه:

(١) الصورية بطريق التستر: وتتناول هذه الصورية نوع العقد لا وجوده، كهبة في صورة بيع مثلاً. كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء هبة تجنباً للشكلية المطلوبة، إذ أن الرسمية ركن في الهبة أو قاما بالعكس بأن أخفيا البيع في صورة عقد هبة لحرمان الشفيع من حق أخذ المبيع بالشفعة أو أخفيا الوصية تحت ستار عقد بيع، حتى لا يتقيد الموصى بالنصاب القانوني المحدد، وهو ثلث التركة لنفاذ تصرفه في حق الورثة.

(٢) الصورية بطريق المضادة، وتتناول الصورية هنا شرطاً من شروط العقد أو ركناً من أركانه. ومثال ذلك أن يذكر في بيع العقار ثمناً أقل من الثمن الحقيقي تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة، أو أن يذكر ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي لإثناء الشفيع عن المطالبة بالشفعة، أو يذكر في عقد الإيجار أجرة أكبر من الأجرة المتفق عليها في الحقيقة بقصد رفع قيمة المنزل المؤجر عند بيعه. وقد يذكر في عقد هبة سبب مشروع لها إخفاء للسبب الحقيقي غير المشروع.

وقد تقتصر الصورية على مجرد تغيير تاريخ العقد فيقدم هذا التاريخ حتى يكون سابقاً على بدء مرض الموت الذي صدر فيه هذا التصرف.

(٣) الصورية بطريق التسخير، وهذه الصورية تتناول شخصية أحد المتعاقدين بالتغيير للتحايل على أحكام القانون. من ذلك مثلاً أن المادة ٤٣١ مدني تنص على منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها والتي يكون نظرها من إختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً. فيعمد المتعاقدان تحايلاً على هذا النص إلى إخفاء شخصية المشتري تحت ستار شخصية آخر[١].

---

(١) انظر أيضاً المادة ٤٧٢ مدني والخاصة بالمحامين في خصوص الحقوق المتنازع عليها ويتولون الدفاع عنها، والمادة ٤٧٩ مدني (٣٧٨ المادة موجبات وعقود لبناني) ٣٧٨موجبات وعقود والخاصة بمنع النائب من أن يشتري ما نيط بيعه بموجب النيابة، (والمادة ٤٨٠ والمادة ٣٧٩ موجبات وعقود) والخاصة بمنع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها

ب ـ التمييز بينها وبين ما يشتبه بها:

بالرغم من التحديد السابق للصورية إلا أن هناك حالات قد تتشابه مع الصورية، لذا يجب تمييز الصورية عن هذه الحالات وهذا ما سنعرض له فيما يلي:

(١) الصورية والتدليس، الفارق الجوهري بين الصورية والتدليس يكمن في مصدر كل منهما. فالصورية كذب متعمد من الطرفين، فكل من الطرفين على بينة من الحقيقة. وعلى ذلك فالصورية تفترض قيام تواطؤ واتفاق بين الطرفين بحيث لا يقصد من ورائها أن يغش أحد المتعاقدين الآخر، وإنما يريد غش الغير أو إخفاء أمر معين أما التدليس فهو عمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر[١] فالتدليس استعمال طرق احتيالية من جانب أحد المتعاقدين أو من الغير لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط يحمله على إبرام العقد.

(٢) الصورية والتحفظ الذهني، وحيث أن الصورية تدبير واتفاق بين الطرفين فانها لذلك تختلف عن التحفظ الذهني. ففي التحفظ الذهني يستقل أحد الطرفين بإظهار إرادة أخرى تختلف عن التحفظ الذهني.

ففي التحفظ الذهني يستقل أحد الطرفين بإظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى. فالاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ناشيء عن قصد من جانب أحد المتعاقدين دون الآخر. ومثال ذلك أن يبدي شخص رضاءه بالعقد على نحو محدد بينما هو يضمر قيداً أو تحفظاً على رضائه هذا.

(٣) لا تتحقق الصورية إذا كان العقد جدياً، ولو لم يكن هذا العقد إلا وسيلة إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد. مثال ذلك بيع المدين لمال له بيعاً جدياً، لا لحاجة إلى ثمنه، وإنما بقصد حرمان دائنيه من التنفيذ عليه. هذا تصرف جدي لا صوري، لذلك يطعن فيه بالدعوى البوليصية لا بدعوى الصورية[٢].

٢ ـ أحكام الصورية:

يهيمن على أحكام الصورية ثلاثة مبادىء يجب التنسيق بينها فمبدأ سلطان

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ١١٥، ص ١٠٧٧.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦١٥، ص ١٠٧٩.

الإرادة يفرض احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أي الإعتداد بالتصرف المستتر، أو ما يسمى بورقة الضد. ونظرية الأوضاع الظاهرة تملى السماح للغير حسن النية بالإعتداد بالتصرف الظاهر. ومبدأ محاربة الغش قد يقتضي إبطال ورقة الضد، أو ورقة الضد والتصرف الظاهر معاً.

يتضح من ذلك **أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان**. فإذا لجأ المتعاقدان إلى الصورية بقصد التحايل على القانون فإن أثر هذا التحايل يختلف باختلاف الأحوال، فقد يترتب على إعلان الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته، وقد يقتصر الجزاء على تفويت قصد المتعاقدين يمنع تحقيق الغرض الذي قصداه بتحايلهما.

تطبيقاً لذلك، إذا كان الغرض من التحايل على القانون هو تصحيح عقد مخالف للقانون بإخفائه تحت ستار عقد آخر، ترتب على الكشف عن الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته ، كهبة يقصد بها استمرار علاقة غير شرعية يسترها المتعاقدان تحت ستار عقد بيع أو قرض أو يخفيان هذا الباعث غير المشروع تحت ستار باعث مشروع. ومن ذلك أيضاً البيع لأحد عمال القضاء تحت ستار شخصية مشتر آخر[1].

أما إذا كان القصد من التحايل على القانون عدم إخفاء تصرف غير مشروع، فان الكشف عن الصورية لا يترتب عليه بطلان التصرف المستتر ما دام مشروعاً، وإنما يقتصر الجزاء على منع تحقيق الغرض الذي قصده المتعاقدان بتحايلهما. فمثلاً إذا كان القصد من إخفاء البيع تحت ستار هبة أو من ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي هو منع الشفيع من الأخذ بالشفعة، فإن جزاء هذا التحايل يقتصر على تفويت قصدهما فتثبت الشفعة رغم أن العقد ظاهره هبة، ولا يلتزم إلا بدفع الثمن الحقيقي دون الثمن الظاهر. وإذا قصد المتعاقدان بذكر ثمن في العقد أقل من الثمن الحقيقي التهرب من رسوم التسجيل أو إنقاصها. فإن مكتب الشهر العقاري يقتضي الرسوم كاملة على أساس الثمن الحقيقي دون الثمن الظاهر. وإذا كان القصد من إخفاء الوصية تحت ستار هبة أو بيع (التهرب من أحكام الوصية) فإن جزاء التحايل هو تطبيق أحكام الوصية، ومنها أنها لا تنفذ في حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٧ ص ١٩٦.

ولنر الآن مدى تطبيق هذه الأحكام وكذلك طرق إثبات الصورية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

أ ـ أثر الصورية فيما بين المتعاقدين:

سوف نعرض للقاعدة العامة في هذا الصدد، ثم نعرض بعد ذلك لكيفية إثبات الصورية في هذه الحالة:

(١) القاعدة العامة، الإعتداد بالتصرف الحقيقي دون التصرف الصوري:

فقد نصت المادة ٢٤٥ مدني على أنه «إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي» وتنص المادة ١٥٥ من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أن «الأوراق غير الظاهرة المقصود بها تعديل سند رسمي أو عادي لا تنتج أثراً إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام».

وعلى ذلك يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك في مواجهة الآخر بالعقد الحقيقي. وتسري هذه القاعدة على الخلف العام لكل من المتعاقدين حيث أن الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقود سلفه.

ويترتب على ما تقدم أن الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد وصحة العقد هي شروط العقد الحقيقي لا العقد الصوري. فإذا ستر المتعاقدان هبة في صورة بيع، وجب أن تتوافر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية، كالأهلية والرجوع في الهبة مثلاً، أما ركن الشكل، وهو الرسمية أو القبض إذا كان الموهوب منقولاً (م ٤٨٨ مدني) فلا داعي له، لأن الغرض أن الهبة ليست صريحة، بل مستترة. كل ذلك مع ملاحظة وجوب استكمال العقد الساتر، وهو البيع لأركانه وشروطه. لكن إذا أبرأ البائع الظاهر المشتري من الثمن أو وهبه له في نفس العقد فإن التصرف لا يعتبر بيعاً ساتراً لهبة، بل يعتبر هبة صريحة لا تنعقد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل[1].

(٢) إثبات الصورية: يخضع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين للقواعد العامة في الإثبات. وعلى ذلك فان على من يدعي الصورية أن يثبت إدعاءه. والقاعدة أنه لا

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ٦٢، ٦٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ١٧٦، إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٨٧ ص ١٩٨.

يجوز للمتعاقدين والخلف العام إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ولو لم تزد القيمة على نصاب الشهادة (هو مائة جنيه مصري، ٤٠٠٠٠ ل.ل). ولذلك فإذا كان العقد الظاهر مكتوباً وجب على المتعاقد اليقظ أن يحتاط ويحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ليثبت بها حقيقة التصرف وخاصة إذا كان الاختلاف بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي من شأنه الأضرار به، فإن لم يفعل ذلك فإنه يتعذر عليه إثبات الصورية بالشهادة والقرائن وإن كان من الجائز الإثبات في هذه الحالة باليمين والإقرار.

وبالرغم من ذلك فان هناك حالات استثنائية يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة والقرائن في ما يجب إثباته بالكتابة. فإذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية، أو وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على ورقة الضد، أو فقدت تلك الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي جاز للمتعاقد أن يلجأ إلى الشهادة أو القرائن لإثبات صورية العقد الظاهر ولو كان مكتوباً، بل ولو كانت القيمة تزيد على النصاب القانوني للبينة (م ٦٢، ٦٣ من قانون الإثبات م ٢٥٧ أصول محاكمات مدنية لبناني).

- **إثبات الصورية في حالة التحايل على القانون**: القاعدة أنه إذا كانت الصورية قد اتخذت وسيلة لتحايل على القانون، أي التهرب من أحكامه الآمرة الخاصة بشروط التصرف الحقيقي الموضوعية اللازمة لصحته ونفاذه، جاز للمتعاقدين والخلف العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات ولو كان العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة ولو زادت القيمة على النصاب القانوني للبينة. والعلة في ذلك هي قيام مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد، إذ أن المتعاقد الذي تم التحايل لمصلحته لن يرتضي أن يقدم للطرف الآخر أو الخلف العام، ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل. وتطبيقاً لذلك يجوز للمتعاقد وللخلف العام الالتجاء إلى الشهادة والقرائن لإثبات أن حقيقة العقد هبة دفع إليها باعث غير مشروع، أو أن المشتري الحقيقي هو أحد عمال القضاء ممن لا يجوز لهم الشراء طبقاً للمادة ٤٣١ مدني، أو أن السبب الحقيقي للدين الثابت في السند هو القمار لا القرض.

أما إذا كان التحايل على القانون لمصلحة المتعاقدين معاً وقصد به الأضرار بالغير ممن ليس طرفاً في التصرف أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، فانه ليس هناك ما يبرر في هذه الحالة الخروج عن القواعد العامة، حيث لم يكن هناك ما يمنع المتعاقد من الحصول على ورقة الضد. إذ لا يوجد ما يدعو المتعاقد الآخر إلى أن يمتنع عن

إعطائه تلك الورقة، فليس هناك ما يخشاه من ذلك ما دام التحايل قد قصدت به مصلحتهما معاً. وعلى ذلك إذا طالب البائع، أو خلفه العام المشتري بدفع ثمن أكبر من الثمن المذكور في العقد، بدعوى أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقي بغية إنقاص رسوم التسجيل، فلا يجوز إثبات حقيقة الثمن إلا بالكتابة.

أما إذا كان التحايل على القانون موجهاً ضد مصلحة الخلف العام باعتباره وارثاً، فانه يجوز له إثبات الصورية في هذه الحالة بكافة طرق الإثبات لوجود المانع الذي يحول دون حصوله على الدليل الكتابي المثبت للصورية. وعلى ذلك فإذا أفرغت وصية في صورة بيع بقصد التحايل على قواعد الوصية أضراراً بالورثة بقصد إنفاذ الوصية فيما يجاوز الثلث في حقهم فانه لا يقبل من المتصرف إثبات صورية العقد الظاهر، أي البيع، أي اعتبار أن حقيقته وصية، إلا بالكتابة إذ لم يقم بالنسبة له مانع يحول دون حصوله على دليل كتابي لإثبات حقيقة التصرف على العكس من ذلك يجوز لورثة المتصرف بعد وفاة مورثهم أن يثبتوا الصورية بكافة طرق الإثبات. إذا رغم أن الوارث لا يعتبر من الغير فيما يتعلق بالصورية، إلا أنه قد تحقق بالنسبة له المانع من الحصول على دليل كتابي لأنه لا يعقل أن يترك المتعاقدان للورثة دليلاً كتابياً لإثبات تلك الصورية التي قصد بها الأضرار بهم بالذات.

ب ـ أثر الصورية بالنسبة للغير: سبق أن رأينا حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام وأيضاً كيفية إثبات هذه الصورية والآن نود أن نعرض لحكم الصورية بالنسبة للغير. ولذلك ينبغي علينا أن نعرض للقاعدة في هذا الصدد وأهمية تحديد المقصود بالغير، ثم بعد ذلك نبين كيف أن المشرع قد منح الخيار للغير في التمسك بالعقد المستتر أو العقد الظاهر، وأخيراً، كيف فض التعارض بين مصالح الغير. ولنر هذه النقاط بشيء من التفصيل.

١ ـ القاعدة: أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري كما له أن يتمسك بالعقد المستتر وإثبات الصورية بكافة طرق الإثبات وعند تعارض المصالح تكون الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر. ومن هنا تظهر أهمية تحديد المقصود بالغير في الصورية.

المقصود بالغير في الصورية: تنص المادة ٢٤٤ مدني على أنه «(١) إذا أبرم عقد صوري فلدائن المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد

الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم» « (٢) وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين». وتنص المادة ١٥٦ من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه «يجوز لدائن المتعاقدين وخلفهم الخاص الذين أنشىء سند ظاهري احتيالاً للأضرار بهم إثبات صوريته بجميع طرق الإثبات».

تضمنت هذه المادة القاعدة المقررة في حكم الصورية بالنسبة للغير، ولكنها لم تذكر سوى الدائنين والخلف الخاص. فهل تقتصر طائفة الغير في الصورية عليهما فقط، أم ينصرف مدلول الغير إلى كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد المتعاقدين؟ في الإجابة على هذا التساؤل اختلف الفقهاء.

فمن الفقهاء من يرى أن طائفة الغير في الصورية تقتصر على الخلف الخاص والدائن الشخصي للمتعاقد[1]. وبالنسبة للخلف الخاص لا يعتبر غيراً إذا كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب التصرف الصوري نفسه. مثال ذلك الشفيع والمنتفع في الاشتراط الصوري لمصلحة الغير وحيث أن حقه الذي يراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته، فأنه لا يعتبر من الغير[2] وعلى ذلك تكون هناك طائفة ـ غير المتعاقدين والخلف العام ـ لا تدخل مع ذلك في طبقة الغير. فهذه يسري في حقها العقد الحقيقي. والشفيع يدخل في هذه الطائفة فيسري في حقه العقد الحقيقي لا العقد الصوري[3].

ويذهب بعض الفقهاء[4] إلى أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه. وذلك لأن منطق الغير في الصورية يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد عن العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله[5]. وهذا الرأي هو السائد قضاء به أخذت محكمة

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٨٨ وما بعدها.
(٢) المرجع السابق فقرة ٦٢١، ص ١٠٩٠، ص ١٠٩٤.
(٣) السنهوري، المرجع السابق، جـ ٢ فقرة ٦٢١ هامش ٢ ص ١٠٩١ وبصفة خاصة ص ١٠٩٣.
(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ٢٠٥، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ١٨٠.
(٥) السنهوري، المرجع السابق، جـ ٢ فقرة ١٢١ ص ١٠٨٨.

النقض في العديد من أحكامها[1] وعلى ذلك يعتبر الشفيع من الغير، وكذلك المنتفع في الاشتراط الصوري لمصلحة الغير والمدين بالنسبة للحوالة الصورية الصادرة من الدائن.

٢ ـ الخيار المفتوح للغير في التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصوري:

القاعدة أن للغير أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصوري حسب مصلحته. وهذا يقتضي معرفة متى يجوز للغير التمسك بالعقد المستتر وكيفية إثباته لصورية التصرف الظاهر، وكذلك معرفة متى يجوز له التمسك بالعقد الظاهر والعلة من ذلك؟

أولاً: التمسك بالعقد المستتر: يجوز للغير إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتمسك بالعقد المستتر، وأن يطعن بصورية العقد الظاهر. وعليه عبء إثبات صورية التصرف الظاهر. والقاعدة أن له ذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن ولو كان التصرف الظاهر ثابتاً بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانوني للشهادة. والعلة في ذلك أنه كان يستحيل على الغير أن يحصل على سند كتابي لإثبات صورية عقد لم يكن طرفاً فيه. ومن ذلك مصلحة دائن البائع الصوري في التمسك بالاتفاق الحقيقي وإثبات صورية البيع بكافة طرق الإثبات حتى يستطيع التنفيذ على المبيع بوصفه ما زال في ملك مدينه وكذلك الخلف الخاص للبائع، كمشتر ثان أو دائن مرتهن، أن يثبت صورية البيع الصادر من سلفه بكافة طرق الإثبات حتى يخلص له حقه. وكذلك الشفيع يستطيع أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية الثمن المذكور في العقد فيثبت أن الثمن الحقيقي أقل من الثمن الظاهر كما له أن يثبت أن حقيقة العقد بيع وليس هبة.

ثانياً: للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر: فإذا كانت القاعدة أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير. حيث أن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي احترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر. فقد أوجد المتعاقدان في العقد الصوري مظهراً كاذباً اعتمد عليه الغير واطمأن إليه. فهو لم يكن يستطيع أن يستشف حقيقة ما اتفقا عليه فوجب حماية للغير

(١) انظر في اعتبار الشفيع من الغير نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ رقم ٩٩ ص ٦١٨.

أن يؤخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها ولو اختلفت عن الإرادة الحقيقية[1]. ويشترط حتى يستطيع الغير أن يتمسك بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية وقت تعامله، أي يجهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت وحسن النية مفروض وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه.

وإذا أشهر العقد المستتر فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً فلا تنطبق المادة ٢٤٤/ ٢ مدني[2].

٣ ـ ما الحكم عند تعارض مصالح الغير؟ أجابت المادة ٢٤٤/ ٢ مدني بنصها على أنه «إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين».

تطبيقاً لذلك في البيع الصوري مثلاً، نجد أن مصلحة دائني البائع وخلفه الخاص إثبات الصورية والتمسك بالحقيقة. وعلى العكس من ذلك نجد أنه من مصلحة دائني المشتري وخلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر. وعلى ذلك فإذا تنازع دائن البائع الصوري، والذي يتمسك بالعقد الحقيقي لتبقى العين في ذمة مدينه لينفذ عليها، ودائن المشتري الصوري الذي يتمسك بالعقد الظاهر لتدخل العين في ذمة مدينه هو ويستطيع أن ينفذ عليها، فإن الأفضلية ستكون لهذا الأخير.

وكذلك لو باع شخص عيناً مملوكة له لشخص آخر بيعاً جدياً، ثم عاد وباع نفس العين بيعاً صورياً إلى شخص آخر، وعلى أثر ذلك باع المشتري الصوري هذه العين إلى شخص آخر بعقد جدي، فإنه سيكون التنازع هنا بين المشتري الأول بعقد جدي، والمشتري الأخير من المشتري الصوري. فالأول له مصلحة في أن يتمسك بالعقد الحقيقي وأن يعمل على كشف الصورية حتى تخلص له الملكية والمشتري الأخير يتمسك بالعقد الصوري لبائعه حتى تنتقل له الملكية في هذه الحالة تكون الأفضلية لهذا الأخير.

في القانون اللبناني لم ترد أحكاماً تفصيلية مقابلة لما ورد في القانون المصري

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩٢، ص ٢١١ وبصفة خاصة المراجع المشار إليها في هامش (١).

(٢) انظر إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٩٢، ص ٢١٢، أنور سلطان، المرجع السابق فقرة ٨١ ص ٧٠، ومع ذلك قارن السنهوري الوسيط، جـ ٢، فقرة ٦٢٣ ص ١١٠٢ هامش ٢.

في هذا الصدد. ومع ذلك يمكن الأخذ بهذه الأحكام لأنها تتفق مع القواعد العامة كما أنه الفقه والقضاء في فرنسا مستقر عليها بدون نصوص أيضاً.

المطلب الرابع

الإعسار والإفلاس المدني[1]

تمهيد:

سبق أن رأينا وسائل المحافظة على الضمان العام لحماية حقوق الدائن، من دعوى غير مباشرة ودعوى بوليصية ودعوى صورية. وقد اتضح لنا من خلال الدراسة التفصيلية أن هذه الوسائل لا تحقق الحماية الكافية لحقوق الدائنين. فالحماية التي تحققها كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تكون حماية متأخرة حيث لا يجوز للدائن أن يلجأ إلى أي منهما إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، فهما يهدفان فقط إلى إنقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال، فهما لا يحولان دون وقوع الخطر وإنما يهدفان إلى منع تفاقمه.

كما أن كلاً من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية ليست طرقاً من طرق التنفيذ، وإنما هي وسائل تمهد لهذا التنفيذ، في حين أن ما يسعى إليه الدائن هو التنفيذ بحقه. كما أن الدائن لا ينفرد بالتنفيذ على حقوق المدين التي حافظ عليها، بل يشاركه في ذلك غيره من الدائنين وفي هذا قد يقعد الدائن عن الالتجاء إلى هذه الوسائل ويفضل أن يلجأ إلى وسائل قانونية أخرى أكثر منها فعالية. علاوة على ذلك فأن الدعوى البوليصية محاطة بشروط، كشرط علم المتصرف إليه بغش المدين في المعاوضات مثلاً، تجعل من الصعب في كثير من الأحيان الالتجاء إليها. كما أن الحماية التي تكفلها الدعوى الصورية ليست قاصرة على الدائن وحده ولكن يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في التصرفات الصورية، سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفاً عاماً أو خاصاً لأحدهم أو من الغير.

أما من حيث مبدأ المساواة بين الدائنين في حق الضمان العام فانها لا تعدو أن تكون مساواة قانونية لا مساواة فعلية فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ دون أن يتيسر ذلك عملاً، لأسباب كثيرة ، مشاركة باقي الدائنين له.

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون للإفلاس المدني، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

ولذلك قام المشرع المصري في التقنين المدني الحالي بتنظيم شهر الأعسار (م ٢٤٩ مدني إلى ٢٦٤ مدني) وذلك ليحمي الدائن من مدين يسعى إلى إيثار بعض الدائنين على الآخرين. ومع ذلك فان شهر الأعسار أمر جوازي للقاضي. كما أن الإجراءات التي وضعها القانون لشهر الأعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الأداء. وكما هو واضح فان هذه الإجراءات لا تدفع خطر الأعسار وإن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه. ولم ينظم القانون اللبناني شهر إعسار المدين غير التاجر كما فعل القانون المصري.

على أن أخطر مثالب نظام الإعسار هو أن شهره لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراء فردي للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقاً جوهرياً بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري. ذلك أن الإفلاس نظام جماعي يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك. هذا الوسيط بين التاجر المفلس ودائنيه، ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعي المنفرد. وعلى ذلك فان المشرع المصري اكتفى بصدد الإعسار بأن جعل منه نظاماً قانونياً يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق شهر الإعسار.

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار أنه لا يسري في حق الدائنين أي وفاء يقوم به المدين مؤثر بذلك دائناً على آخر كما لا يسري في حقهم أيضاً أي تصرف يكون من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته . وسوف نكتفي بهذا القدر من أحكام الإعسار وذلك لعدم جدوى دراسة هذه الأحكام دراسة تفصيلية لندرة تطبيقها في العمل. كما أننا نود أن نلقي الضوء على التطورات الحديثة في هذا المجال.

وإذا كان تنظيم الإعسار على هذا النحو عند وضع التقنين المدني المصري الحالي يشكل طفرة بالنسبة للتقنين المدني السابق إلا أنه مع ذلك لم يساير التطورات الحديثة في مجال الإئتمان بصفة عامة، وما ترتب على ذلك من استجابة كثير من التقنيات الحديثة لهذه التطورات وتنظيمها للإفلاس المدني وذلك لحماية وتشجيع الإئتمان في الاقتصاد المعاصر.

ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

أولاً: إتساع نطاق الإئتمان المدني وأهمية تنظيم الإفلاس المدني[1]:

يمكن القول أن المجتمعات الحديثة قد شهدت في الوقت الحاضر من التقدم الاقتصادي والتكنولوجي الذي لم تشهده على مدار آلاف السنين. وقد عاصر هذا التقدم تغييرات جوهرية في القيم والمفاهيم. وقد أصبح التنافس الاقتصادي والعلمي بين الدول هو السمة الأساسية لهذا العصر الذي نعيش فيه.

وقد كان من نتيجة هذه التطورات والتغيرات، أن سيطر على أفراد هذه المجتمعات الروح الإنتاجية وممارسة النشاط الاقتصادي ولم تعد هذه الممارسة قاصرة على فئة دون أخرى وإنما أصبح تحسين مستوى المعيشة هو الشغل الشاغل لمعظم أفراد المجتمع.

كما أن هذه التطورات قد أدت إلى أن الإئتمان المدني لم يعد كما كان من قبل إئتماناً استهلاكياً. كما أن هذا الإئتمان لم يعد قاصراً على المشروعات الفردية الصغيرة وإنما أصبح يشمل الكثير من المشروعات الكبيرة، ويكفي أن نشير هنا على سبيل المثال إلى مشروعات استصلاح الأراضي، ومشروعات الثروة الحيوانية والداجنة، ومشروعات استغلال المناجم والمحاجر، والصناعات الحرفية وغيرها من المشروعات مما تعج به الحياة الاقتصادية في الوقت الحاضر.

ولذلك أصبحت حاجة المزارع والمربي إلى القروض لا تقل عن حاجة التاجر إليها، فهو يقترض لشراء البذور ولإعداد الأرض وريها ولصيانة المحصول وجمعه، والأهم من ذلك شراء الآلات الحديثة وكذلك السلالات المحسنة من الحيوانات والطيور، فمن اللازم والحال كذلك تمكن المزارع من الحصول على هذه القروض بسهولة ويسر وبغير حاجة إلى تقرير رهون على أرضه، ومنقولاته كلما أراد أن يقترض، وبالتالي يحتفظ بقدرته الإئتمانية[2].

ولا سبيل إلى ذلك إلا إذا اطمأن الدائن على مصير حقوقه. ويكفل الإفلاس تبسيط الإئتمان ودعم الثقة في المعاملات عن طريق تصفية جماعية لأموال المدين متى

(١) انظر مؤلفنا نحو قانون خاص بالإئتمان، منشأة المعارف، ١٩٩٠ ص ٢٢٧ وما بعدها.

(٢) انظر محسن شفيق، القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الإفلاس، مطبعة دار نشر الثقافة، طـ أولى، ١٩٥١، فقرة ٢٤ ص ٤٧.

أعسر وبالتالي لا يحتاج الدائن إلى التزاحم أو التشاحن مع غيره، فضلاً على صيانة الضمان العام للدائنين بمنع المدين من العبث بأمواله أو تبديدها كما أن الزارع أو المربي قد يكون حسن النية، عاثر الحظ ويتعرض لظروف خارجة عن إرادته كآفة زراعية أو جفاف أو فيضان أو مرض يصيب الماشية أو الطيور وغير ذلك من الظروف غير المتوقعة مما يجعله يعجز عن الوفاء بديونه من محاصيله أو إنتاج ما يقوم بتربيته من حيوانات وطيور فمن الخير تمكين هذا الزارع أو المربي من الحصول على صلح يستطيع منه تأجيل الوفاء أو الحط من قدر الديون فيتفادى بذلك إنهيار مركزه المالي أو يستعيد مركزه ويستأنف نشاطه[1].

«وبالجملة إذا كان من مزايا الإفلاس تحقيق المساواة بين الدائنين وطرح القيود حول المدين لمنعه من الأضرار بحقوق دائنيه، وتوقيع العقوبات عليه إذا لجأ إلى الإهمال أو التدليس وتبسيط الإجراءات والاقتصاد في النفقات، وتمهيد السبل أمام المدين لاستعادة مركزه المحطم، وتخويل السلطة القضائية حق الإشراف على أعمال التصفية الجماعية لإلغاء الغش وطغيان بعض الدائنين على البعض الآخر، فمن غير المرغوب فيه قصر هذه المزايا على المعاملات التجارية دون المدنية، وإنما الخير كل الخير في تعميمها وبسط نفعها[2].

إن عزوف المشرع المصري عن تنظيم الإفلاس المدني قد أدى إلى ضياع الكثير من حقوق المقرضين، ومعظمهم بنوك قطاع عام أو مؤسسات الدولة الأخرى، نتيجة لمحاولة أصحاب المشروعات الزراعية والحيوانية الكبيرة في الفترة الأخيرة، إفشالها وذلك للاستيلاء على هذه القروض وعدم ردها إلى أصحابها لعجز الأنظمة القانونية للقانون المدني في تحقيق الحماية الكافية لما نحى الإئتمان، وذلك لطول إجراءات الحجوزات الفردية وتعقيدها وكثرة نفقاتها وعدم تحقيقها لأهدافها.

ويكفي أن نشير إلى ما يستشعره رجال القانون أنفسهم من عجز الأنظمة القانونية القائمة في حماية الدائنين واستقرار القناعة لديهم بأفضلية حصول الدائن على جزء ولو بسيط من حقه بالتراضي من الحصول على كامل حقه عن طريق التقاضي. فهل من

---

(١) قارن محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٤٠.
(٢) انظر محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٤١.

المتصور في مثل هذا المناخ أن يتطور الإئتمان؟ وهل ينتظر أن يحدث تقدم إقتصادي أو تنمية في البلاد؟

ثانياً: سيادة فكرة تنظيم الإفلاس المدني:

إنه لمن عجب العجاب أن الفقه التقليدي يرى أن التفرقة بين الإفلاس والإعسار قد أصبحت من التقاليد القانونية المتأصلة في الوقت الذي أجمعت فيه الدراسات التاريخية على أن القانون الروماني قد عرف نظام التصفية الجماعية والتي يراعي فيها المحافظة على المساواة بين الدائنين. وهذا النظام يتضمن إجرائين: أولهما نقل حيازة أموال المدين إلى الدائنين Missio in Possessionem. وثانيهما: ببيع هذه الأموال وتوزيع الثمن الناتج عنه بين الدائنين بنسبة ديونهم Venditio Bonorum ويعتبر هذا التنظيم أساس التشريعات الحديثة المتعلقة بالإفلاس.

ومما هو جدير بالذكر أن إجراءات التصفية الجماعية كانت تتخذ في مواجهة كل مدين يعجز عن دفع ديونه، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان تاجراً أم غير تاجر، بمعنى أن نظام الإفلاس المدني كان معروفاً عند الرومان[1].

ولذلك فقد اتجهت معظم التشريعات إلى الأخذ بنظام يتضمن قواعد تقوم على تصفية أموال المدين الذي يعجز عن أداء ديونه ودون تمييز بين التجار وغير التجار ومن أمثلة ذلك، التشريع الألماني منذ صدور قانون الإفلاس عام ١٨٧٧، والتشريع الإنجليزي منذ القانون الصادر في سنة ١٨٨٣، والتشريع الهولندي منذ القانون الصادر في عام ١٨٩٣، والتشريع الشيلي والتشريع السويدي والتشريع النرويجي والدنماركي والنظام الأمريكي، والتشريع السويسري في حدود معينة[2].

هل يستطيع أحد أن ينكر تقدم الإئتمان في هذه البلدان؟ وهل يستطيع أحد أن يثبت أن عدم التفرقة بين الإعسار والإفلاس أو الأخذ بالإفلاس المدني، قد حالت دون تشجيع الإئتمان أو التقدم الاقتصادي في هذه الدول[3].

حتى في البلدان التي تشبث فيها الفقه التقليدي بالتفرقة بين الإفلاس والإعسار

---

(١) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٧٢ ص ٩٥.

(٢) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٤١.

(٣) J. L. Vallens. la faillete civile, une institution du droit local d'Alsace et de Moselle, la semaine juridique 19 Avril 1989 No. 3387 No. 25.

ومحاربة الأخذ بفكرة الإفلاس المدني قد استشعر القضاء عجز نظام الإعسار في حماية الدائنين وتشجيع الإئتمان ولذلك فقد حاول القضاء إصلاح نظام الإعسار بقدر طاقته وحصر جهوده في إقامة شيء من المساواة بين الدائنين، والعمل على التضييق على المدين لمنعه من العبث بحقوق دائنيه، غير أن الجهود التي صرفتها المحاكم كانت تصطدم بنصوص تشريعية جامدة لم تجد محكمة النقض الفرنسية مناصاً من نقضها بإعلان مخالفتها للقانون مع اعترافها بفائدتها ولزوم الأخذ بنتائجها. ثم استمرت المحاكم في محاولتها بأن لجأت إلى الدعوى البوليصية وأرادت أن تتخذ منها وسيلة لتحقيق بعض المساواة بين الدائنين وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في بادىء الأمر هذا الوضع، ولكنها لم تلبث أن استقرت على قصر فائدة الدعوى على الدائنين الذين رفعوها أو تدخلوا فيها وبشرط أن تكون حقوقهم قد نشأت قبل التصرف المطعون فيه[1].

لم يستطع القضاء الفرنسي إذن إصلاح مثالب الأعسار أو الحد منها غير أن هذا لم يقعد الفقهاء الفرنسيين عن مواصلة المناداة بوجوب الإصلاح. وذهب نفر منهم إلى خير وسيلة لبلوغ هذا الهدف رفع القوائم التي تفصل بين الإفلاس والإعسار وبتطبيق نظام الإفلاس على كل مدين يعجز عن أداء ديونه تاجراً كان أم غير تاجر. فنشأت بذلك في فرنسا مسألة الإفلاس المدني "La Faillete civile» قد ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة وضع نظامين لتصفية أموال المدين الذي يعجز عن الدفع، أحدهما لغير التجار وموضعه القانون المدني، والآخر للتجار ومحله القانون التجاري[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد تأثر كثيراً بصدور قانون الإفلاس الألماني عام ١٨٧٧ وأخذه بنظام الإفلاس المدني، ولذلك قد قدم إلى البرلمان جملة مشروعات بقوانين تهدف إلى إصلاح نظام الإعسار تارة وإلى الأخذ بنظام الإفلاس المدني تارة أخرى. لكن نجد أن المشرع الفرنسي تشبث بتقاليده القانونية ولم يشأ نقل نظام الإفلاس إلى ميدان المعاملات المدنية لاعتقاده بأنه نظام لا يصلح لمثل هذا

(١) P. de Lestapis, La notion juridique de crédit, avec préface de J. Bonnecase, L. G. D. J. 1941, p. 230 et S.

(٢) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٣٨، ٣٩ وانظر أيضاً:

J. L. Vallence, Op. Cit.,

الميدان[1].

وعلى الرغم من نفور المشرع الفرنسي من نظام الإفلاس المدني فقد اضطر في بعض الظروف إلى التدخل لتطبيق نظام الإفلاس على المدينين غير التجار، مثل قانون أول يوليو ١٨٩٣ الذي يقضي بتطبيق بعض قواعد الإفلاس على تصفية شركة قناة بنما. وقانون أول أغسطس ١٨٩٣ الذي أضاف إلى المادة ٦٨ من القانون الصادر في ٢٤ يوليو ١٨٦٧ والخاص بتنظيم شركات الأموال فقرة جديدة تنص على أن «شركات التوصية وشركات المساهمة التي تنشأ في الأشكال التجارية تعتبر شركات تجارية وتخضع للقواعد والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة». ثم أضافت المادة ٣ من قانون ٢٧ مارس عام ١٩٢٥ إلى هذا الوضع الشركات ذات المسؤولية المحدودة[2].

وقد استمر الحال على هذا المنوال إلى أن اتسع نطاق الإئتمان المدني وتغيرت أهدافه وأصبح إئتماناً إنتاجياً في معظم حالاته. كما اهتم القانون التجاري من جانبه بالإئتمان الاستهلاكي وبالتالي تداخلت الأدوار بين القانون المدني والقانون التجاري ونتيجة لهذه التطورات والتغيرات اتضح أن للإئتمان طبيعة واحدة وإن الاختلاف يكمن في الدرجة أو في النطاق[3]، ولذلك نهضت حركة تشريعية معاصرة لحماية المستهلك في نطاق الإئتمان[4].

ولقد بلغ التطور أشده مما أدى إلى أن يخرج المشرع الفرنسي عن تحفظه التقليدي ويأخذ صراحة بنظام الإفلاس المدني فقد صدر قانون رقم ٨٩ ـ ١٠١٠ في ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بتوقي وتنظيم الصعوبات المرتبطة بزيادة حجم الديون الخاصة بالأشخاص والعائلات. هذا القانون يعتبر تنظيماً صريحاً لفكرة الإفلاس المدني[5].

---

(١) محسن شفيق المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص ٤٤.
(٢) انظر في تفاصيل أكثر محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص ٤٦.
(٣) انظر مؤلفنا السابق، نحو قانون خاص بالإئتمان، ص ٢٢١ وما بعدها.
(٤) انظر المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.
(٥) انظر:

J. O. 2 janvier 1990; Aussi La Semaine juridque, 17 janv. 1990, No. 63451.

وبهذا التشريع الأخير تكتمل حلقات التطور التي تؤكد وحدة طبيعة الإئتمان، وتدعو فقه القانون الخاص إلى إعادة النظر في الفصل التام بين الإئتمان المدني، والإئتمان التجاري، والاهتمام بدراسة القانون الخاص الاقتصادي لمواجهة ما يستجد من تطورات.

وإذا كانت هذه هي الحقيقة الناصعة، فإنه ليس هناك محل للتعلق بأهداب مدرسة قانونية بعينها، أو التحيز لفرع تخصص بذاته، وإنما يجب البحث عن وسائل قانونية تتفق وجسامة المهمة الملقاة على عاتقنا، وتواكب السياسة الإصلاحية الشاملة، ومن بين أهم هذه الوسائل تنظيم الإفلاس المدني في التقنين المدني المصري.

المطلب الخامس

الحق في الحبس

«Le droit de retention»

تمهيد: أن الحق في الحبس يعتبر استجابة طبيعية للفطرة الإنسانية فمن الطبيعي أن أول ما يخطر للدائن، إن كان مديناً في نفس الوقت بأداء شيء لمدينه، هو أن يحبس ما في يده حتى يقضي له حقه. كما أن الحق في الحبس يعد أيضاً استجابة لاعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية، حيث أنه ليس من المقبول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدي إليه ما التزم به من أداء قبل أن يوفي هو بدينه.

ولهذه الأسباب نجد أن الحق في الحبس يرجع تاريخه إلى عهد قديم، إلى القانون الروماني - ففي هذا القانون كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالاً على حفظها أو في تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين، أعطى البريتور الروماني للحائز دفعاً بالغش Exceptio doli يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها. ولذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالاً على الوديعة، وكان له الحق في استرداد ما ينفق[1].

---

(١) انظر

G. Marty, P. Raynaud, droit civil, t, III, V. I les Suretés, la Publicité foncière, Sirey, 1971, No. 17 P. 13.

وانظر أيضاً السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٣٦ ص ١١٢٤ وما بعدها.

ولكن التنظيم القانوني للحق في الحبس لم يقف عند هذه الفكرة البديهية وإنما التطور قد صقل هذه الوسيلة وأدى إلى بلورة نظام متكامل له في التشريعات الحديثة. وعلى ذلك سوف ندرس أولاً فكرة الحق في الحبس، ثم نعرض بعد ذلك للنظام القانوني في الحبس. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ فكرة الحق في الحبس[1]

إذا كانت القاعدة أن جميع الدائنين متساوون في حق الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون، فأنه من المتفق عليه أن هذا التقدم لا يكون إلا بناء على إتفاق، كالرهن الرسمي أو الحيازي، أو حكم، كحق الاختصاص، أو نص القانون، كحقوق الامتياز. غير أنه أمكن الخروج على قاعدة المساواة بين الدائنين نتيجة وجود أحد الدائنين في مركز متميز لم يسع إليه المتعاقد وإنما وجد فيه الدائن مصادفة. فإذا كان القانون يمنح صراحة أحد الدائنين أولوية معينة لصفة في الدين كحقوق الامتياز، إلا أنه في بعض الأحيان يسمح لأحد الدائنين أن يستمد من أمر واقع ضماناً للوفاء بحقه. فالدائن يستمد مركزه المتميز من مجرد حبس شيء معين في ظروف وبشروط معينة، يستمد هذا التميز من موقف سلبي محض، من مجرد الامتناع عن تسليم الشيء. ولذلك يجب أن نقف على ماهية الحق في الحبس وخصائصه، ثم نقوم بعد ذلك بتمييزه عن الأنظمة القانونية التي قد تشتبه به.

أولاً ـ ماهية الحق في الحبس وخصائصه:

في هذا الصدد سنحاول جاهدين وضع تعريف للحق في الحبس ثم نستخلص بعد ذلك، ما يميزه من خصائص.

١ ـ تعريف الحق في الحبس: الحق في الحبس هو الحق المعترف به، في بعض الحالات، لأحد الدائنين الذي يلتزم بأداء شيء معين في حوزته بأن يمتنع من رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبة التزامه ومرتبط به.

وقد حاول المشرع المصري أن يقنن الحق في الحبس فوضع قاعدة عامة صاغها على النحو التالي تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدني على أنه «١ ـ لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب

---

(١) نبيل سعد، الضمانات غير المسماة، السابق الإشارة إليه، ص ٣٤ وما بعدها.

التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا» «٢ ـ ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزة، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع».

وبالمثل فعل المشرع اللبناني حيث أن المادة ٢٧٢ موجبات وعقود تنص على بأن «. . حق الحبس لا ينحصر في من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل بل يوجد أيضاً في كل حالة يكون فيها الدين متصلاً بموضوعه أي حيث يكون التلازم موجوداً بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذلك الموجب فهو أي حق الحبس يعود مثلاً إلى واضع اليد أو المستثمر أو إلى محرز الشيء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الأموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس حسن النية وسيئها».

«وإنما يحرم حق الحبس محرز الأشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الأشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي».

والفرض الذي يواجهه هذا النص أن هناك شخصين، أحدهما يحوز أو يحرز شيئاً عليه التزام بأدائه الآخر، ونشأ له، في نفس الوقت حق قبله بمناسبة التزامه هذا ومرتبط به. النتيجة المنطقية يكون له أن يحبس الشيء الذي يلتزم بأدائه إلى أن يوفي له حقه. مثال ذلك المودع عنده له أن يحبس الشيء المودع حتى يستوفي ما أنفقه في حفظه.

وقد أصبح الحق في الحبس من المبادىء المستقرة في التشريعات الحديثة بالرغم من خروجه على قاعدة أنه «لايجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه» Nul ne peut se Faire Justice à soi-même» إذ أن القانون الحديث يدين دائماً كل محاولة لإقامة العدالة الخاصة. لكن بما أن الحق في الحبس لا يشكل إلا موقفاً سلبياً يتمثل في مجرد الامتناع عن أداء شيء معين، لذلك فأنه لا يمثل في ذاته أي إخلال بالسلم والأمن في المجتمع. علاوة على أن اعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية تنهض كأساس قوى لهذا الحق»[1].

فالحق في الحبس يعكس رد فعل طبيعي وعميق لدى الإنسان. فأنه لدى الدائن،

(١) G. Marty, P. Raynaud, Op. Cit., No. 17 p. 13.

الذي لم يستوف حقه، قناعة ثابتة بأنه عند ممارسته للحق في الحبس إنما يباشر نوعاً من القصاص العادل. فأنه ليس من المقبول أن يعاقب الإنسان على سلوك هو أقرب إلى حق الدفاع الشرعي منه إلى الاعتداء[1].

٢ ـ **خصائص الحق في الحبس**: الحق في الحبس يعبر عن موقف سلبي ولا يعطي لصاحبة أي ميزة إيجابية، فهو لا يعطي لصاحبه أي امتياز على الشيء المحبوس. كما أن الحق في الحبس يعتبر وسيلة من وسائل الضمان، ووسيلة من وسائل الضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه، ولنر تفصيلاً هذه الخصائص.

(أ) الحق في الحبس لا يعطي لصاحبه أية ميزة إيجابية:

فالحق في الحبس لا يتضمن أية خاصية إيجابية. فليس لصاحبه حق الأفضلية أو حق التتبع. كما أن صاحبه لا يستطيع أن يستعمل الشيء الذي في حوزته أو في حيازته. وبصفة عامة ليس للحابس أن يستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية للشيء. وذلك فان الحق في الحبس لا يعتبر حقاً عينياً[2]. ولذلك نجد أن المادة ٢٧٤ تنص صراحة على أن «حق الحبس مع مراعاة الحالة الخاصة المتقدم ذكرها، لا يمنح صاحبه حق التتبع ولا حق الأفضلية...».

فالميزة الوحيدة التي قررها القانون للحابس هي ميزة سلبية محضة، هي الرخصة في القول «لا» لكل من يطالب بتسليم الشيء حتى يستوفي حقه الذي نشأ بمناسبة التزامه بأداء الشيء ومرتبط به، وذلك إذا توافرت شروط معينة.

(ب) مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه (م ٢/٢٤٧ مدني مصري):

إن الحق في الحبس يستمد كل قوته من حيازة الشيء والسيطرة عليه دون أن يثبت للحابس حق امتياز على هذا الشيء. فليس للدائن الحابس حق الأفضلية أو

---

(١) N. Catala-Franjou, de la nature juridique de droit de retention, Rev, trim. dr. civil 1967. No. 1 p. 11.

(٢) أنظر عكس ذلك

R. Rodière, Note sous cass. ler civil 22 Mai 1962. D. 1965, 60.

حيث يرى أن الحق في الحبس أثر من آثار الحيازة وبالتالي لا يكون إلا حقاً عينياً قابل بطبيعته للإحتجاج به في مواجهة الكافة وأن غياب حق الأفضلية والتتبع لا يعتبر أمراً حاسماً.

التتبع، بالمعنى المقصود في الحقوق العينية التبعية.

وعلى ذلك فليس للدائن الحابس أن ينفذ على الشيء لاستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين الآخرين. وإذا قام الحابس بالتنفيذ على الشيء المحبوس بوصفه دائناً عادياً ليس له أن يرفض تسليم الشيء إلى من يرسو عليه المزاد. إذ أن قيامه بإجراءات التنفيذ يتضمن استعداده لتسليم الشيء. ويقتصر حقه على الدخول في التوزيع بالاشتراك مع غيره من الدائنين.

ولذلك يكون من الأفضل للدائن الحابس أن يتحصن في الحق في الحبس من أن يباشر هو التنفيذ على الشيء المحبوس. فإذا قام غير الحابس من الدائنين بالتنفيذ على الشيء المحبوس، كان له أن يحبسه عن الراسي عليه المزاد حتى يستوفي حقه. وحتى يكون التنفيذ مجدياً، سيضطر الدائنون المنفذون إما إلى وفاء دين الحابس وأما تخصيص جزء من الثمن الذي رسا به المزاد لقضاء هذا الديـن، وخاصة إذا كانت قيمة العين المحبوسة أكبر بكثير من دين الحابس. وبذلك يكون الدائن الحابس في مركزه متميز نتيجة الأفضلية الفعلية التي تمتع بها على أثر حبسه للشيء.

كما أن تصرف المدين في الشيء المحبوس، والحبس لا يحول دون ذلك، بخروجه من ملكه، وبالتالي من ضمانه العام، ولذلك لا يجوز للدائن الحابس أن ينفذ عليه رغم بقاء الشيء في يده. كما لا يستطيع الدائن الحابس، وهو دائن عادي، أن يتتبع الشيء فينفذ عليه بما له من حق بعد انتقال ملكيته إلى المتصرف إليه. لكن كل ما له أن يمتنع عن تسليم العين إلى المتصرف إليه حتى يستوفي حقه كاملاً. وقد يضطر المتصرف إليه في سبيل أن تخلص له الملكية إلى الوفاء بدين الحابس، والرجوع بما دفع على المدين المتصرف وفقاً للقواعد العامة. وبذلك يكون الحق في الحبس قد أثمر كوسيلة للضمان وللضغط في حصول الدائن الحابس على حقه.

(جـ) الحق في الحبس وسيلة للضمان تتبع قانون الإئتمان:

من الخصائص الهامة التي يجب إبرازها، في هذا الصدد أن الحق في الحبس لا يقتصر على قانون العقود فحسب وإنما يمتد ليشمل كان الالتزامات غير التعاقدية الأخرى[1]. كما أن الحق في الحبس يعمل في الغالب على ضمان الوفاء بالتزام محله

(١) أنظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٤٢، ص ١١٤٠، ١١٤١.

مبلغ من النقود فالحق في الحبس ليس مقصوداً في ذاته وإنما ليعمل على ضمان الوفاء بالتزام معين.

كذلك من المتصور، من الناحية النظرية، ألا يكون دائماً التزام الحابس الذي نشأ بمناسبته حقاً له ومرتبط به التزاماً بإعطاء، بل يمكن أن يكون الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل[1].

لكن مما تجدر الإشارة أنه ليس كل التزام يمكن أن ينشأ عنه حق في الحبس فوجود التزام يعد شرطاً ضرورياً حتى يكون الحبس مشروعاً، ولكنه ليس وحده كافياً، إذ يلزم، علاوة على ذلك، أن يكون هناك علاقة بطريقة أو بأخرى، بين هذا الالتزام ومحل التزام الحابس، وهذه العلاقة هي المعيار الذي يتحدد على ضوئه الالتزامات المضمونة بالحق في الحبس.

ويرى الفقه والقضاء أن هذه العلاقة تتمثل في الارتباط La Connexité بين التزام الحابس وحقه الذي نشأ له بمناسبة هذا الالتزام. لكن لا يشترط في هذه العلاقة أن تكون علاقة سببية بين الالتزامين كما سوف نرى فيما بعد.

وهذا الارتباط قد ينشأ نتيجة لوجود علاقة تبادلية Interdépendance هذه العلاقة التبادلية قد يكون مصدرها عقد أو قد لا يكون هناك عقد على الإطلاق. كما أن هذا الإرتباط قد يكون نتيجة لمجرد إحراز الشيء أو حيازته على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

وقد استشعر المشرع المصري هذه الوظيفة للحق في الحبس فنظمه تحت عنوان «إحدى وسائل الضمان: الحق في الحبس» بل أكثر من ذلك نجد أن المادة ٢٤٦/ ١ مدني تعطي «لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض للوفاء بالتزام ترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا». فهذا النص يكشف اعتراف المشرع بما لحق الحبس من وظيفة ضمان. فنجده قد أعطى للحابس الخيار بين الحق في الامتناع عن الوفاء

---

(١) أنظر:

N. Catala - Franjou, Op. Cit., No. 4 p. 17.

وانظر أيضاً إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٠، ص ٢٤٣.

بالتزامه إلى أن يستوفي ما له من حق نشأ له بمناسبة هذا الالتزام ومرتبط به، أو الحصول على تأمين كاف، شخصي أو عيني لضمان الوفاء بهذا الحق. فبذلك يكون المشرع قد وضع حق الحبس في منزلة التأمينات. بالرغم من أنه ليس تأميناً بالمعنى الفني الدقيق، لما يجمعهما من وظيفة واحدة، وهي وظيفة الضمان[1].

كما أن هذه الوظيفة تفسر لنا ما يتصف به الحق في الحبس من أنه حق لا يقبل التجزئة، فالحق في الحبس باعتباره وسيلة ضمان لا يسقط بقبول الدائن الوفاء الجزئي. كما أنه ليس للمدين أن يطالب الحابس بتسليم جزء من الشيء المحبوس مقابل الجزء الذي وفى به. فللدائن أن يحبس الشيء كله إلى أن يستوفي حقه كاملاً.

(د) الحق في الحبس وسيلة من وسائل الضغط على المدين للتنفيذ:

هذه الخاصية تؤكد كذلك أن الحق في الحبس ليس حقاً عينياً. فإذا كان الحق في الحبس أثر من آثار الحيازة والسيطرة على الشيء إلا أن ذلك لا يعد بذاته دليلاً على كونه حقاً عينياً، فالحابس قبل أن يستخدم هذه الوسيلة من وسائل الضغط لم يكن على الإطلاق صاحب حق عيني على الشيء المحبوس، فهو لم ينازع في ملكية الغير، ولم يظهر بمظهر المالك عليه بل على العكس بتمسكه بالحق في الحبس فإنه يقر بالتزامه بالتسليم. كما أن ذلك يعد اعترافاً منه بعرضية سنده وبملكية الغير. فالحابس لم يدع أنه يحتفظ بالشيء بصفة نهائية، بصفته مالكاً له ولكن يحتفظ به بصفة مؤقتة، باعتباره دائناً لم يستوف حقه. وعلى ذلك لا يمكن أن نذهب في التفكير إلى حد أنه اكتسب حقاً من مجرد واقعة الحبس إذ كيف يمكن ذلك مع أنه قد تم بإرادة منفردة لم يعطها القانون أية خاصية إيجابية. علاوة على ذلك يمكن اعتبار سند الحيازة، الذي كان إتفاقياً أصبح فجأة قانونياً حيث أنه بفضل ترخيص القانون بقيت هذه الحيازة مشروعة بالرغم من أنها ضد رغبة المالك[2].

فامتناع الحابس عن تسليم شيء من الواجب الوفاء به حتى يستطيع أن يستوفي حقاً نشأ له بمناسبة التزامه هذا ومرتبط به يعد وسيلة لحمل المدين على الوفاء بهذا

---

(١) يجب ألا نخلط بين الحق في الحبس هنا والحق في الحبس باعتباره أحد السلطات التي يخولها الحق العيني التبعي للدائن المرتهن رهن حيازة ومع ذلك قارن.

(٢) J. F. Pillebout, Rechérches sur l'exception d'inexecution Thèse Paris 1971 No. 458 p.p. 40 et s.
N. Catala-Franjou, Op. Cit., op. 2 P. 13.

الحق[1]. فنتيجة لممارسة هذا الضغط الاقتصادي والنفسي يعد الحق في الحبس طريقاً خاصاً من طرق التنفيذ، مما جعل طبيعته ونطاقه محلاً للمنازعة من جانب بعض الفقهاء، وإن كانت فعاليته خارج نطاق كل شك.

فالحق في الحبس وسيلة خاصة للضغط، محاولة فظة من جانب الدائن للحصول على حقه بنفسه، ولذلك لم يمنح هذا الحق بطريقة مطلقة وبدون قيد أو شرط وإنما أحيط بشروط معينة تحقق الغرض منه وتمنع ما قد ينشأ عنه من سلبيات على النحو الذي سوف نراه.

ثانياً ـ تمييز الحق في الحبس عما قد يشتبه به:

الحق في الحبس يعتبر بالإجماع نظاماً مستقلاً. فنطاق الحق في الحبس لا يختلط لا بالدفع بعدم التنفيذ ولا بالمقاصة.

(١) الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ:

منطقة التشابه بين النظامين تتحقق عندما يكون هناك التزام محله شيء معين بالذات. ففي هذه الحالة يشترك الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في طريقة الاستعمال، فكل منهما يترجم في الواقع في واقعة الحبس. لكن هذا التشابه الظاهري لا يعتبر مؤشراً على التطابق بين النظامين.

فنطاق الدفع بعدم التنفيذ ينحصر في الالتزامات الرئيسية الناشئة عن عقد من العقود الملزمة للجانبين، كعقد البيع مثلاً. فالدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا بين التزامين بينهما علاقة سببية، حيث يعتبر تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم الشيء المبيع سبباً لتنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن. فإذا لم ينفذ البائع التزامه، كان للمشتري أن يدفع بعدم التنفيذ بينما الحق في الحبس يعتبر أجنبياً عن نظرية السبب[2].

---

(١) انظر بصفة خاصة:

Ph. Gerbay, Moyens de pression privés et exécution du contrat, Thèse Dijon 1976.

(٢) أنظر دراسة تفصيلية لإختلاف الفقه في فرنسا حول نطاق كل من الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ.

Ph. Pillebout, Op. Cit., No. 3p. 20 et S.

وانظر النطاق الذي اقترحه في رسالته للحق في الحبس فقرة ٤١ ص ٣٤ وما بعدها.

خلاصة القول أنه إذا كان كل من الوسيلتين يتم استعمالها بطريقة متطابقة أي عن طريق الدفع إلا أن ذلك يتم في مواقف مختلفة تماماً. فالدفع بعدم التنفيذ جزاء لنظرية السبب، بينما السمة المميزة للحق في الحبس تكمن في التبعية التي ينشئها هذا الحق بين التزامين ليس بينهما صفة المثلية للدينين.

(٢) ـ الحق في الحبس والمقاصة:

في الواقع أن المقاصة تعد وسيلة فنية أعلى بلا جدال من الحق في الحبس. فالمقاصة طريق من طرق الوفاء. فهي تعطي اشباعاً مباشراً للدائن بينما الحق في الحبس يعطيه أملاً في ذلك بحسب مآله. هذه النتيجة الحاسمة لا يمكن الوصول إليها إلا طبقاً لخاصية معينة في الديون المتقاصة، وهي صفة المثلية للدينين.

على العكس بالنسبة للديون غير المثلية، أي خارج نطاق المقاصة، استطاع الحق في الحبس أن يتطور. ومن هنا جاءت القاعدة التقليدية، والتي في جوهرها ليست إلا إقراراً للواقع، أن الأشياء المعينة بالذات هي التي يمكن أن تكون محلاً للحق في الحبس[١].

وعلى ذلك فحق الحابس ليس إلا الامتناع عن تسليم شيء معين طالما أنه لم يستوف حقه. فنطاق الحق في الحبس ينحصر في الحالة التي يجتمع فيها على رأس شخص واحد دين وحق ليس بينهما علاقة سببية، وليسا مثليين، والحق في الحبس دائماً تابع لحق معين ويشكل لصاحبه الضمان الوحيد الذي تحت تصرفه، كما أن استقلالية الدينين من حيث النشأة يحول دون عمل الدفع بعدم التنفيذ.

٢ ـ النظام القانوني للحق في الحبس

وفي هذا الصدد ندرس شروط الحق في الحبس وآثاره وانقضاءه وذلك حتى تكتمل أمامنا صورة هذه الوسيلة القانونية.

أولاً ـ شروطه:

وضع المشرع المصري نظرية عامة في الحق في الحبس، ولم يكتف كما فعلت

---

(١) أنظر في ذلك:

N. Catala-Franjou, Op. Cit., No. p. 14.

بعض التشريعات بإيراد تطبيقات خاصة ومتفرقة للحق في الحبس.

ومناط الحق في الحبس هو أن يوجد على الحابس التزام بأداء شيء معين وينشأ له حق مستحق الأداء بمناسبة هذا الالتزام ومرتبط به. وعلى ذلك لا يكفي أن يكون كل من الشخصين دائناً للآخر ومديناً له، وإنما يلزم أن يكون التزام كل منهما مرتبطاً بالتزام الآخر. وعلى ضوء ذلك نجد أن شروط الحق في الحبس تدور حول مسائل ثلاث: وجود التزام على الحابس بأداء شيء، وحق له مستحق الأداء، وارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء.

الشرط الأول: وجود التزام على الحابس بأداء الشيء: وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل سواء فيما يتعلق بطبيعة الشيء محل الالتزام، أو بمالكه، أو بمشروعية وضع اليد على الشيء.

ـ فبالنسبة لطبيعة الشيء محل الالتزام، فإن الأصل لا تهم طبيعة هذا الشيء، إذ أن كافة الأشياء المادية تصلح محلاً لحق الحبس ويستوي في ذلك العقار أو المنقول. غير أن هناك استثناءات من هذا الأصل العام، فهناك بعض الأشياء التي لا يجوز حبسها. من ذلك الأشياء العامة لأن في حبسها تعطيلاً للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الأموال. وكذلك الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها بحيث أن حبسها يترتب عليه تفويت الغرض الذي قصده المشرع من تقرير عدم جواز الحجز عليها.

ـ أما بالنسبة لمالك الشيء المحبوس فأنه في الغالب يكون هذا الشيء مملوكاً للمدين الذي يحتج الحابس بحقه في مواجهته. ولا يشترط، في هذه الحالة، أن يكون الحابس حائزاً لهذا الشيء بنية تملكه، بل يكفي أن يكون الشيء تحت يده ولو كانت حيازته عرضية وقد أكدت المادة ٢٤٦/٢ مدني ومصري هذا المعنى بنصها على أن «يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزة...» وعلى ذلك فيثبت الحق في الحبس للمودع عنده، وللمستعير وللفضولي، وللولي أو الوصي على مال القاصر.

ومع ذلك ليس من الضروري أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين، بل يجوز أن يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه[1].

---

(١) والحق في الحبس هنا لا يختلط بالدفع بعدم التنفيذ إذ أنه لا يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين الإلتزامين، وإنما يكفي أن يكون هناك إرتباط بين حق الحابس والتزامه بأداء الشيء ولذلك=

مثال ذلك أن يقوم الوارث، وهو المالك بحبس عين أوصى المورث بحق الانتفاع بها لآخر حتى يستوفي ما أداه من التكاليف المعتادة والنفقات التي تقتضيها صيانة العين من الموصي له المنتفع، وهو المدين طبقاً للمادة ٩٨٩/ ١ مدني[١].

ـ أما فيما يتعلق بمشروعية وضع اليد على الشيء، فأنه يشترط ألا يكون الدائن الحابس قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريقة غير مشروعة كالسرقة أو النصب. فقد نصت المادة ٢٤٦/ ٢ مدني مصري والمادة ٢٧٢/ ٢ موجبات وعقود لبناني على حرمان حائز الشيء أو محرزة من الحق في حبسه إذا كان التزامه برده «ناشئاً عن عمل غير مشروع» وعلى ذلك فمن يسرق منقولاً أو يغتصب عقاراً ثم يقوم بإنفاق مصروفات ضرورية عليه يكون مديناً برده إلى مالكه ودائناً بما أنفق من مصروفات. ولكن ليس له أن يحبس الشيء حتى يستوفي ما أنفق.

وعلى ضوء ذلك فأن الحائز سيء النية يكون له الحق في الحبس إذا لم يكن قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريق غير مشروع. مثال ذلك وكيل يظهر بمظهر المالك للشيء الذي تسلمه بمقتضى الوكالة، ويقوم بوصفه مالكاً بإنفاق مصروفات عليه، أو مستأجر يبني في الأرض المؤجرة دون علم المؤجر، فالتزام كل منهما بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع بل مصدره عقد الوكالة أو الإيجار. ولذلك كان لكل منهما أن يحبس ما في يده إلى أن يستوفي ما هو مستحق له في مقابل المصروفات أو البناء[٢].

الشرط الثاني: وجود حق للحابس مستحق الأداء: وفي هذا الشرط تتجلى خصائص حق الحبس باعتباره وسيلة ضغط خاصة لحمل المدين على الوفاء بالتزامه، ووسيلة ضمان للوفاء بحق الدائن الحابس.

ـ فحيث أن الحق في الحبس وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، لذلك لزم أن يكون للدائن الحابس حق واجب الأداء في الحال.

= نحن نرى أن المثل الذي يعطيه الفقه المصري عادة في هذا المجال، وهو أن للمؤجر، مالك العين المؤجرة، أن يحبسها عن المستأجر حتى يستوفي ما اشترط تعجيله من الأجرة يعتبر تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ لا للحق في الحبس.

(١) أنظر في هذا المثال إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٢٧ هامش ١.

(٢) المرجع السابق فقر ١٠١ ص ٢٢٩.

وكذلك اشترط في التزام المدين أن يكون التزاماً مديناً، فلا يجوز الحبس لحمل المدين على تنفيذ التزام طبيعي، لأن في ذلك إجبار بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام لا جبر في تنفيذه لانتفاء عنصر المسؤولية فيه.

كما اشترط أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود Certain فإذا كان الذي يدعيه محلاً لمنازعة جدية انتفى حقه في حبس الشيء الذي التزم بأدائه. فمثلاً لا يجوز للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفي تعويضاً يدعى أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد.

واشترط كذلك أن يكون حق الدائن الحابس مستحق لأداء Exigible وفي ذلك تنص المادة ٢٧١ موجبات وعقود لبناني على أن «أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء وأخص تلك الوسائل... حق الحبس...». ولذلك لا يجوز الحبس إذا كان حقه مضاف إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف. على أن مهلة الوفاء التي يمنحها القاضي لا تحول دون استعمال الدائن الحق في الحبس وكذلك الأمر إذا تبرع الدائن بأجل للمدين، ما لم يثبت هذا الأخير أن تبرع الدائن بمنح أجل له قد تضمن تنازلاً منه عن حقه في الحبس.

ـ ومن حيث أن الحق في الحبس وسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس فقد ترتب على ذلك ما يلي:

لا يشترط في حق الدائن الحابس أن يكون مقدراً Liquide ولا محل للقياس هنا على المقاصة القانونية، لأن المقاصة طريق من طرق الوفاء، بها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما. ولذلك اشترط أن يكون الدينان مقدرين. ومع ذلك يجب تقدير حق الدائن الحابس في خلال أجل معقول، يحدده القاضي ليقوم الدائن بذلك، أو أن يقوم القاضي بنفسه بتقدير هذا الحق تقديراً مؤقتاً حتى لا تطول مدة الحبس.

كما لا يشترط التناسب بين قيمة الشيء المحبوس وبين قيمة حق الدائن الحابس. فيجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيراً[١] وبالمثل يجوز الحبس ولو كان الدائن قد نفذ التزامه تنفيذاً جزئياً[٢].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ٢٣٥.
(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ٧٧.

الشرط الثالث: وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء:

إن الارتباط بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء يمثل المبرر القوي الذي فرضته مقتضيات العدالة لاستعمال الحق في الحبس. بل أن هذا الارتباط هو الذي يحدد نطاق الحق في الحبس. وعلى ذلك فلا يكفي أن يكون للحابس حق في مواجهة المدين حتى يستطيع أن يستعمل الحق في الحبس وإنما يلزم أن يكون هذا الحق قد نشأ له بمناسبة التزامه بأداء الشيء ومرتبط به[١].

وقد أكدت هذه الحقيقة المادة ٢٤٦/ ١ مدني بنصها على أن «لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به. . . .» وبالمثل المادة ٢٧٢/ ١ موجبات وعقود لبناني حيث تنص «. . . . في كل حالة يكون فيها متصلاً بموضوعه أي حيث يكون التلازم موجوداً بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس. . .». فاستعمال الحق في الحبس يستلزم وجود رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله . Rapport de connexité entre la dette et la chose- debitun cum re Junctun.

وليس من الضروري أن يكون مصدر هذا الارتباط علاقة تعاقدية بين الطرفين، بل يمكن أن يوجد هذا الارتباط خارج نطاق أية علاقة تعاقدية. ولذلك لا يشترط أن توجد علاقة سببية بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء. وعلى ذلك نجد أن تعبير «. . . مترتب عليه بسبب التزام (الحابس) ومرتبط به» الوارد في نص المادة ٢٤٦/ ١ مدني قد تجاوز الغرض الذي قصده المشرع، إذ يكفي أن يكون حق الحابس قد نشأ له بمناسبة التزامه برد الشيء ومرتبط به[٢]. وكانت المادة ٢٧٢/ ١ موجبات

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه لا يحق لمن أودعت عنده سيارة أن يحبسها إستيفاء لأجرة السائق التي قام بدفعها بتكليف من المودع (نقض مدني ٢٧ يونيو ١٩٦٣ مجموعة النقض السنة ١٤ عدد ٢ ص ٩٥٦ رقم ١٣٣) فهنا قد نشأ حق للمودع لديه في مواجهة المودع ولم يسمح له مع ذلك باستعمال الحق في الحبس لأن حق المودع لديه لم ينشأ بمناسبة التزامه برد الوديعة، كما أنه ليس مرتبط به.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٣٥، ٢٣٦ هامش ٢ حيث يرى أن ورود لفظ «السبب» في المادة ٢٤٦/ ١ يرجع إلى خطأ في ترجمة عبارة à l'occasion et en connexité التي صيغ بها نص المادة ٣٣١/ ١ من المشروع التمهيدي حيث أن الترجمة الصحيحة لكلمة à l'occasion هي «بمناسبة» وليست بسبب كما جاء في الترجمة العربية.

وعقود لبناني أكثر وضوحاً حين نصت على «أن حق الحبس لا ينحصر في من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل. . .».

هذا الارتباط بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء يتخذ إحدى صورتين: الارتباط القانوني أو المعنوي، والارتباط الموضوعي أو المادي:

١ ـ الارتباط القانوني أو المعنوي: Connexité juridique ou intellectuelle

ويقوم الارتباط القانوني أو المعنوي إذا وجدت علاقة تبادلية بين الالتزامين، أياً كان مصدر هذه العلاقة.

فقد تنشأ العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد، فمثلاً في الوديعة بغير أجر يلتزم المودع عنده برد الوديعة إلى المودع، ولكن إذا كان المودع عنده قد أنفق مصروفات لحفظ الوديعة أو لحقته خسارة بسببها فيجوز له حبس الوديعة حتى يستوفي من المودع ما هو مستحق له من مصروفات أو تعويض. وبالرغم من أن التزام المودع في حالة المصروفات مصدره الإثراء بلا سبب، وفي حالة التعويض العمل غير المشروع، إلا أن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوديعة، فتحقق الارتباط اللازم لقيام الحق في الحبس. وكذلك في عقد الوكالة بغير أجر حيث يجوز للوكيل أن يحبس ما في يده من أشياء يملكها الموكل إلى أن يستوفي ما أنفق في تنفيذ الوكالة. والتزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل في تنفيذ الوكالة بالتنفيذ المعتاد (م ٧١٠ مدني) لم ينشأ عن عقد الوكالة بل مصدره واقعة الإنفاق بوصفها فعلاً نافعاً استفاد منه الموكل (إثراء بلا سبب) لكن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوكالة فتحقق بذلك الارتباط اللازم لقيام الحق في الحبس.

وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة لانحلال الرابطة التعاقدية بالفسخ أو البطلان. فعلى أثر فسخ العقد أو بطلانه يتعين على كل متعاقد رد ما تسلمه بموجب العقد المنحل. وفي هذه الحالة يكون لكل منها أن يحبس ما في يده لضمان تنفيذ التزام الطرف الآخر.

أخيراً قد لا يوجد عقد على الإطلاق، وعلى ذلك تقوم العلاقة التبادلية غير مستندة إلى عقد قائم أو منحل. ففي الفضالة مثلاً يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م ١٩٣ مدني) ومصدر هذا الالتزام هو القانون، وفي نفس الوقت

يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية أو النافعة التي تحملها الفضولي وبتعويضه عما أصابه من أضرار بسبب ما قام به من عمل (١٩٥) ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب. ولكن لما كان كل من الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر، جاز لكل طرف أن يحبس ما في يده حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه. ومن ذلك أيضاً علاقة الوصي بالصغير عند انتهاء الوصاية. فالوصي يلتزم بتسليم ما في يده من أشياء مملوكة للصغير وله في نفس الوقت الحق في استرداد ما أنفق من مصروفات في تنفيذ الوصاية فيكون له أن يحبس ما في يده حتى يستوفي ما هو مستحق له ومثله في ذلك الولي والقيم.

٢ ـ الارتباط المادي أو الموضوعي:

ويقوم هذا الارتباط على واقعة مادية هي حيازة الشيء أو إحرازه، أي إذا كانت العلاقة بين من في يده الشيء وبين من له حق استرداده قد نتجت عن مجرد حيازة الشيء أو إحرازه دون أن توجد أي رابطة أخرى تربط بينهما. ولذلك يجب حتى يستطيع الحائز أو المحرز استعمال الحق في الحبس أن يتحقق الارتباط الموضوعي أو المادي بأن يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشيء ذاته. ويتحقق ذلك في إحدى صورتين: أما أن يكون الحائز أو المحرز قد أنفق على الشيء مصروفات يحق له استردادها، وأما أن يكون قد أصابه من الشيء ضرر يستحق عنه تعويضاً.

ومثال الصورة الأولى حق الحائز في حبس الشيء حتى يستوفي ما أنفقه على الشيء من مصروفات نافعة وضرورية. وقد عالج المشرع هذه الصورة صراحة في نص المادة ١/٢٤٦ مدني والتي تنص على أن «ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له. . .» ويثبت الحق في الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سيء النية، يشترط ألا يكون قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريق غير مشروع على النحو السابق بيانه.

ومثال الصورة الثانية، إذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فسبب له ضرراً كان للجار الحق في حبسه إلى أن يستوفي التعويض المستحق له. ولم ينص المشرع على هذه الحالة، ومع ذلك يجمع الفقه على أنها تدخل في نطاق الحق في الحبس لتوافر الارتباط الموضوعي.

في بعض الحالات يجتمع الارتباط القانوني والارتباط المعنوي معاً وهذه هي الحالات التي توجد فيها علاقة تبادلية أياً كان مصدرها بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء، وهذا هو الارتباط القانوني، علاوة على أن حق الدائن الحابس قد نشأ بمناسبة حيازته للشيء نتيجة لما أنفقه من مصروفات للمحافظة على هذا الشيء. ومثال ذلك حبس الوكيل أو المودع عنده للأشياء التي عهدت إليه بحكم الوكالة أو الوديعة إلى أن يستوفي ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء.

وتتجلى أهمية التفرقة بين نوعي الارتباط في مدى الاحتجاج بالحق في الحبس. فالحبس المبني على الارتباط الموضوعي نتيجة ما أنفقه الحابس من مصروفات ضرورية أو نافعة على الشيء يجوز الاحتجاج به على الكافة وذلك لأن هذه المصروفات متجسدة في الشيء ذاته فيكون للحابس أن يحتج بحقه في مواجهة كل من يطالب بهذا الشيء. أما في غير ذلك من حالات الحبس فإن نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس يختلف باختلاف الأشخاص وباختلاف نشأة الحقوق على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

كما أن نوع الارتباط الذي يقوم عليه الحق في الحبس ينعكس على محل الحبس ذاته. ففي الحالة التي يبني فيها الحبس على الارتباط المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي أنفقت عليه المصروفات أو ترتب عليه الضرر أما في حالة الارتباط المعنوي أو القانوني والذي يقوم على علاقة تبادلية، أياً كان مصدرها، فإن الحق في الحبس يمتد ليشمل كافة الأشياء التي على الدائن الحابس التزام بأدائها، ولو كان حق الدائن الحابس قد نشأ بسبب مصروفات أنفقت على بعض الأشياء دون البعض الآخر.

وفي الأحوال التي يجتمع فيها نوعاً الارتباط معاً للحابس أن يستند إلى أيهما شاء وفقاً لمصلحته. وتطبيقاً لذلك، فأن للوكيل أو المودع عنده أن يستند إلى الارتباط الموضوعي لكي يحتج بحقه على الكافة. ويكون له أن يستند إلى الارتباط المعنوي أو القانوني لكي يستطيع أن يحبس كافة الأشياء التي عهد إليه بها ولو كان ما هو مستحق له مرتبطاً ارتباطاً مادياً بالبعض منها فحسب[1].

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٨ ص ٢٤١.

ثانياً ـ آثاره

إن وجود الشيء في يد الحابس وتحت سيطرته الفعلية يعطي له حقوقاً ويفرض عليه التزامات. ولذلك يجب أن نعرض أولاً لحقوق الحابس، ثم بعد ذلك لواجباته، وأخيراً ندرس نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس من حيث الأشخاص.

١ ـ حقوق الحابس:

هذه الحقوق تعكس خصائص الحق في الحبس باعتباره وسيلة للضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه، ووسيلة لضمان استيفاء الدائن الحابس لحقه. وهذه الخصائص تتحقق في الواقع نتيجة لامتناع الحابس عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكه أو من له الحق في استرداده. كما أن هذا الحق تزداد فعاليته بمدى الاحتجاج به على الغير. ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

ـ الامتناع عن تسليم الشيء: أن الحق في الحبس يستمد وجوده وقوته من السيطرة الفعلية على الشيء. ويترجم الحق في الحبس في الواقع في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكه أو إلى من له الحق في استرداده، حتى يستوفي ما له من حق نشأ له بمناسبة التزامه برد الشيء ومرتبط به فالحابس لم يدع أنه يحتفظ بالشيء بصفة نهائية بصفته مالكاً، ولكن يحتفظ به بصفة مؤقتة باعتباره دائناً لم يستوفي حقه. كما أن الحابس لم ينازع في ملكية الغير. ولم يظهر بمظهر المالك عليه، إذ بتمسكه بالحق في الحبس إنما يقر بالتزامه بالتسليم، كما يعد ذلك اعترافاً منه بعرضية سنده وبملكية الغير للشيء المحبوس.

والحق في الحبس يتمثل في شكل دفع يدفع به الحابس مطالبة المدين له بالتسليم. وعلى ذلك لا يمكن أن نذهب في التفكير إلى حد أن الحابس قد اكتسب حقاً من مجرد واقعة الحبس، إذ كيف يتسنى له ذلك مع أنه قد تم بإرادة منفردة لم يعطها القانون أية خاصية إيجابية. واستخدام كلمة الحق في الحبس يرجع إلى أنه بفضل ترخيص القانون بقيت حيازة الحابس مشروعة بالرغم من أنها مخالفة لالتزامه بالرد وأنها ضد رغبة المالك.

ويترتب على ذلك أن الحبس بذاته لا يؤدي إلى إنقضاء الالتزام فهو إمتناع مؤقت يبغي الحابس من ورائه الضغط على المدين لحمله على الوفاء بالتزامه. وذلك

على عكس المقاصة التي يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما.

كما أن الحابس لا يبغي من وراء امتناعه المؤقت عن تسليم الشيء إلا ضمان الوفاء بحقه الذي نشأ له بمناسبة التزامه بالرد ومرتبط به. فحبس الشيء الذي تحت يده يمثل الوسيلة الوحيدة المتاحة لضمان الوفاء بحقه. ولذلك إذا قام المدين بالوفاء بحق الحابس أو حتى قام بعرض الوفاء به عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم نهائياً بصحته فقد حقه في الحبس سبب وجوده، وبالتالي انقضى هذا الحق. لكن لا يكفي أن يودع المدين المبلغ المستحق في خزانة المحكمة. غير أنه إذا كان حق الحابس غير معلوم المقدار جاز للمدين أن يطلب من القضاء الإذن له في إيداع مبلغ كاف على ذمة الحابس يستوفي منه حقه عند تقديره ويكون للمدين بعد هذا الإيداع إجبار الحابس على تسليم الشيء المحبوس.

ويترتب على أن الحق في الحبس وسيلة من وسائل الضمان أنه لا يقبل التجزئة. كما أن هذا الحق يفقد سبب وجوده أيضاً إذا قام المدين بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه (م ١/٢٤٦)، ولذلك يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يجبر الحابس على تسليم الشيء المحبوس ما لم يكن التأمين غير كاف. وقاضي الموضوع هو الذي يفصل، عند النزاع، في مدى كفاية التأمين المقدم من المدين. وليس هناك أي شروط أخرى خاصة بنوع التأمين حيث أن النص مطلق فيجب أن يجري على إطلاقه، ولذلك يستوي أن يكون هذا التأمين تأميناً عيناً، كالرهن، أو تأميناً شخصياً كالكفالة[1].

٢ ـ واجبات الحابس:

إن الحق في الحبس لا يعطي لصاحبه أية ميزة إيجابية. وأن سلطات الحابس لا تتعدى مجرد موقف سلبي، مجرد الامتناع عن تسليم الشيء. ولذلك فالحابس لا ينازع المسترد حقه في الشيء، فإن كان الشيء مملوكاً للمدين، ظل المدين مالكاً له رغم بقائه في يد الحابس لكن وجود الشيء في يد الدائن الحابس وتحت سيطرته الفعلية يرتب بعض النتائج ويلقي على عاتقه ببعض الالتزامات.

أ ـ التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس: يلتزم الحابس طبقاً لنص

(١) القانون المدني الألماني يستبعد الكفالة من نطاق هذا التأمين انظر ٢٧٣ من التقنين المدني الألماني.

المادة ٢/٢٤٧ مدني بالمحافظة على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة. وهذه الأحكام قد وردت في المادة ١١٠٣ مدني مصري والمادة ١١٢ ملكية عقارية لبناني، وتتلخص هذه الأحكام في أنه على الحابس أن يبذل في حفظه وصيانته للشيء المحبوس ما يبذله الشخص العادي من عناية فالتزامه إذن هو التزام ببذل عناية، لا التزام بتحقيق نتيجة. والمعيار في ذلك بطبيعة الحال معيار موضوعي.

كما أن الحابس مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سببَ أجنبي. فإذا أثبت ذلك تحمل الطرف الآخر تبعة الهلاك بالرغم من أن الأصل أن تبعة الهلاك على المدين بالتسليم وذلك راجع إلى أن حبس الدائن للشيء كان مبرراً لعدم دفع المدين ما عليه من التزام. وهذا ما يفسر أيضاً أن الحابس لا يلزم بتعويض الأضرار الناتجة من امتناعه عن تنفيذ التزامه.

ومن مقتضى التزام الحابس بالمحافظة على الشيء أنه إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ مدني مصري والمادة ١٢ من المرسوم الاشتراعي رقم ٤٦ الصادر في ٢٠ تشرين الأول عام ١٩٣٢ ملحقاً بقانون الموجبات والعقود اللبناني والخاص برهن المنقولات، ودون أن يعتبر مع ذلك متنازلاً عن حقه في الحبس بل ينتقل هذا الحق إلى الثمن.

ويترتب على وجود الشيء المحبوس تحت السيطرة الفعلية للحابس وبما له عليه من توجيه ورقابة، أن يصبح هو الحارس المسؤول عما يحدثه الشيء من ضرر للغير وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ب ـ التزام الحابس بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس: سبق أن أكدنا أن الحق في الحبس لا يعطي لصاحبه أية ميزة إيجابية فليس له حق الأفضلية أو التتبع. كما أنه ليس له أن يستعمل الشيء في حوزته أو في حيازته أو أن يستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية لهذا الشيء.

ويترتب على ذلك أنه إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة، فإن ما تنتجه يكون من حق مالكها، وأن كل ما للحائز هو حبس تلك الثمار تبعاً لحبس الشيء ذاته. وتبعاً لذلك يقع على عاتق الحابس التزام بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس إلى

المدين وأن يردها إليه إذا ما استوفى حقه. وفي هذا يختلف مركز الحابس عن مركز الدائن المرتهن رهن حيازة الذي له أن يخصم ما حصل عليه من ثمار العين المرهونة، من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله (م ١١٠٤/٣ مدني)، وكما أنه ليس على الدائن الحابس، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة، التزام باستثمار الشيء المحبوس إلا إذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشيء ذاته[1].

٣ ـ نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس من حيث الأشخاص:

إذا كان ليس هناك خلاف على أن الحق في الحبس يتمثل أساساً في رخصة للدائن في أن يمتنع عن تسليم الشيء المحبوس حتى يستوفي ماله من حق وأن هذا الحق لا يعطي لصاحبه أية ميزة إيجابية، فليس له حق الأفضلية أو التتبع، فالتساؤل البديهي الذي يطرح نفسه هو: على من يستطيع الحابس أن يحتج إذن بهذا الامتناع؟ هذه هي مشكلة الاحتجاج بالحق في الحبس.

ولتحديد نطاق هذا الاحتجاج من حيث الأشخاص فإن هناك تفرقة بديهية، تفرض نفسها، بين الخلف العام والدائن العادي من ناحية وبين الخلف الخاص من ناحية أخرى.

ـ **فبالنسبة إلى الخلف العام والدائن العادي**، فكما أن للدائن الحابس أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة المدين الذي يطالب بتسليم الشيء، فانه له كذلك أن يحتج بهذا الحق في مواجهة خلفه العام ودائنيه العاديين، إذ ليس للخلف العام أو الدائن العادي، أياً كان تاريخ دينه، أكثر مما كان للسلف أو المدين من حقوق.

لكن مما تجدر ملاحظته أن الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين العاديين لا يعني أن للدائن الحابس أن يمنعهم من التنفيذ على الشيء المحبوس في يده، لأن الحبس لا يجرد المدين من ملكيته لهذا الشيء، وبالتالي لا يخرجه من الضمان العام للدائنين. في الواقع أن المقصود بالاحتجاج بالحق في الحبس على الدائنين العاديين هو أن للدائن الحابس أن يمتنع عن تسليم الشيء حتى بعد قيام الدائنين الآخرين

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٢ ص ٢٤٨ وقارن السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥٧٧ ص ١١٨٥، ١١٨٦، أنور سلطان، المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص ٨٩، ٩٠، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ١٨٠ ص ٢٠٢.

بالتنفيذ، فيكون له بالتالي أن يمتنع عن تسليم الشيء إلى الراسي عليه المزاد إلى أن يقضي له حقه كاملاً. وهذا يكشف عما يتمحض عنه الحق في الحبس من مركز متميز للدائن الحابس بالنسبة لباقي الدائنين. كما يكشف عن جوهره باعتباره وسيلة ضمان قوي الوقت الحاضر[1].

ـ **أما الخلف الخاص للمدين،** فهو من تلقى من المدين ملكية العين المحبوسة أو حقاً عينياً عليها، كالمشتري والدائن المرتهن أو صاحب حق الانتفاع. وفي هذا ما يؤكد ما سبق أن قلناه من أن الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه، فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائز وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية[2].

فبالنسبة لمسألة الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة الخلف الخاص فإن الأمر يقتضي التفرقة بين الحبس المبني على الارتباط الموضوعي أو المادي بسبب إنفاق مصروفات على الشيء ذاته، وبين صور الحبس الأخرى.

(١) فالحبس المبني على الارتباط الموضوعي بسبب إنفاق مصروفات على الشيء ذاته يحتج به على الكافة، إذ أن إنفاق المصروفات قد أفاد الشيء ذاته ومتجسد فيه، فيكون من المنطقي أن يتمسك الحابس بحقه في الحبس في مواجهة كل من يطالب باسترداد هذا الشيء ويستوي في ذلك أن يكون الشيء من المنقولات أو من العقارات ويستوي أن يكون حق الخلف الخاص قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس أم بعده، فالحابس يعتبر دائناً بهذه المصروفات في مواجهة كل من يطالب باسترداد الشيء المحبوس.

(٢) أما في الصور الأخرى في الحبس، فيفرق بين ما إذا كان الشيء المحبوس عقاراً أو منقولاً.

فإذا كان الشيء المحبوس عقاراً، فإن من تلقى ملكية هذا الشيء أو أي حق

---

(١) قارن ما للحق في الحبس من قوة بالنسبة للتأمينات العينية في ظل قانون الإفلاس الصادر في فرنسا في ٢٥ يناير ١٩٨٥، انظر:

PH. Malaurie L. Aynès, Droit civil, les Sûretés, droit du crédit, 2 édit 1988, ed, Cujas no. 214 p. 1.8.

(٢) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٧٤، ص ١١٨٠.

عيني آخر عليه، يجب عليه أن يشهر حقه حتى يستطيع أن يحتج به في مواجهة الكافة وعلى ذلك فعلى المشتري أن يقوم بتسجيل حقه وعلى الدائن المرتهن أن يقيد هذا الحق فإن كانوا قد شهروا حقوقهم على هذا النحو قبل أن يثبت للحائز حق في حبس العين، فإن الحق في الحبس لا يسري في مواجهتهم، وبالتالي لا يستطيع الدائن الحابس أن يحبس عنهم العين. وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق في حبس العين فإن هذه الحقوق العينية لا تنفذ في حق الحابس، وبالتالي يستطيع الدائن أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المشتري والدائن المرتهن أو أي صاحب حق عيني آخر، حتى يستوفي حقه. وهذا بديهي حيث أنه ليس للخلف الخاص من الحقوق أكثر مما كان للمدين وقت أن تلقى الحق عنه، ولم يكن للمدين أن يتسلم الشيء المحبوس إلا بعد أن يوفي للدائن الحابس ماله. علاوة على ذلك فان في وجود الشيء في يد الدائن الحابس إعلاناً كافياً، فلا يقبل من الغير أن يدعى جهله بالعلاقة القائمة بين الدائن الحابس والمدين[1].

وهذه التفرقة يفرضها المنطق السليم، حيث أنه لو سمح للحابس بأن يحتج بحقه في مواجهة الخلف الخاص، كالدائن المرتهن مثلاً، ولو كان حقه سابقاً ونافذاً قبل نشوء الحق في الحبس لأدى ذلك إلى الإخلال بالثقة الواجبة في نظام الإئتمان[2] إذ يترتب عليه تخويل الدائن الحابس أفضلية فعلية على الدائن المرتهن لا يتمتع بها من يقرر له رهن على العقار بعد قيد الرهن الأول. كما أن تضييق نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس إلى حد قصره على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، دون الخلف الخاص من شأنه أن يفقد الحق في الحبس قيمته العملية إذ يكفي لكي يتخلص المدين من آثار الحبس أن يقرر على الشيء حقاً للغير فيسلب الحائز حقه في الحبس.

أما إذا كان الشيء المحبوس منقولاً، فإن الحق في الحبس يسري في حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس، ويسري كذلك في حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أي لا علم له بهذه الحقوق لأن الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية في المنقول لها هذا الأثر كما هو معروف[3].

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٥١.
(٢) انظر عكس ذلك عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٧٦، ص ١٩٩.
(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٧٤ ص ١١٨٠.

- **مشكلة المالك غير المدين** - وتعرض هذه المشكلة عندما لا يكون المدين مالكاً للعين المحبوسة ويطالب المالك باستردادها، فهل يجوز للدائن الحابس أن يحتج بحقه في الحبس على المالك غير المدين بالحق الذي يطالب به؟

مثال ذلك أن يكون الشيء تحت السيطرة الفعلية لشخص آخر غير المالك ويسبب هذا الشيء ضرراً للغير، فسيكون المسؤول عن تعويض هذا الضرر هو الحارس طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وعلى ذلك هل يجوز للمضرور أن يحبس الشيء في مواجهة المالك، وهو ليس مديناً بشيء، إذا طالب باسترداده؟. ومثال آخر من القضاء الفرنسي، تتلخص وقائعه في أن هناك حارساً على منقول قد تم تعيينه من قبل القضاء حتى الفصل في النزاع بين شخصين على هذا المنقول. وقد حكم بملكية هذا المنقول لأحدهم، بينما حكم على الآخر بمصاريف الحراسة. فعندما طالب المالك باسترداد المنقول، كان الثاني يرفض دفع ما عليه من دين للحارس، فاضطر الحارس إلى رفض التخلي عن المنقول لمالكه حتى يضمن الحصول على حقه بالرغم من أن هذا المالك ليس مديناً له بشيء. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف، وذلك على اعتبار أن للحابس أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة المالك رغم عدم مسؤوليته عن الدين[1].

أما بالنسبة لموقف الفقه فقد كان هناك بعض الفقهاء من يرى إمكانية الاحتجاج بالحبس في مواجهة المالك برغم عدم مسؤوليته الشخصية عن الدين الذي يطالب به الحابس[2] وعندما صدر الحكم السابق لمحكمة النقض الفرنسية قد أيده بشدة بعض الفقهاء وذلك على أساس أن الحق في الحبس حق عيني يمكن الاحتجاج به على الكافة[3] بينما أرجع بعض الفقهاء الاحتجاج المطلق بالحق في الحبس إلى أنه يعتبر وصف يلحق بالالتزام، نوع من الأجل القانوني يوقف تنفيذ الالتزام بالتسليم إلى وقت غير معين. فالالتزام بذاته قد لحقه تعديلاً كأثر للقانون ولارادة الحابس. هذا التعديل غير الاتفاقي لحق الالتزام ذاته بطريقة موضوعية وبصرف النظر عن المستفيد. هذا الارجاء لاستحقاق الالتزام ينفذ في حق كل من يطالب بالوفاء به[4]. كما أن هناك

(١) cass, Civ. ler 22 Mai 1962, Bull. 1962. I, p. 231.

(٢) Cass. civ. I 22 Mai 1962, D. 1965, 58, not R. Rodière.

(٣) Cass. civ. ler 22 Mai 1962, D. 1965, 58, not R. Rodière.; V aussi Civ. ler 7 jan 1992, J.C.P. 1922, II, 21971, note. Ramarolant.

(٤) N. Catala-Franjou, Op. Cit., no. 23, p. 38.

الارتباط الموضوعي بين حق الحابس والشيء المحبوس. والحق في الحبس دفع قابل للاحتجاج به في مواجهة الكافة لأن فعالية الضمان الذي يقدمه هذا الحق مرتبط بهذا الاحتجاج[(١)].

في مصر يذهب الفقه إلى عدم جواز الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة المالك غير المدين. فلا يجوز للمضرور أن يحبس الشيء إلا في مواجهة الحارس. أما المالك، وهو ليس مديناً بشيء، فلا يحتج عليه بالحبس[(٢)]. كما أنه ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بما له من حق في ذمة المقاول الأصلي، ما دام المالك ليس مديناً للمقاون من الباطن ولا للمقاول الأصلي[(٣)].

ونحن نرى أنه يجوز الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة المالك غير المدين للحابس، وذلك لأن الدفع بالحبس، كما هو واضح في هذه الأمثلة، مبني على الارتباط الموضوعي أو المادي بين دين الحابس والشيء المحبوس[(٤)].

ثالثاً: انقضاؤه

سبق أن رأينا أن الحق في الحبس يمثل وسيلة من وسائل الضمان إذ أنه يعمل في الغالب على ضمان الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، وذلك يبرز تبعية الحق في الحبس للالتزام المضمون. كما أن الحق في الحبس يمثل وسيلة ضمان بدائية حيث أنه يستمد وجوده وقوته من مجرد حيازة الشيء والسيطرة الفعلية عليه. هذه الخصائص التي يتصف بها الحق في الحبس تنعكس تماماً على إنقضائه. ولذلك نجد أن الحق في الحبس ينقضي بطريقة تبعية تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون، كما أنه ينقضي بطريقة أصلية، استقلالاً عن الالتزام المضمون وذلك إذا فقد سبب وجوده.

١ ـ إنقضاء الحق في الحبس بطريقة تبعية:

لما كان الغرض الأساسي من الحق في الحبس هو ضمان استيفاء الحابس

---

(١) N. Catala-Franjou, Op. Cit., no. 23 p. 39. Moratorium

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٥٠.

(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٧٤ ص ١١٨١ هامش ٢.

(٤) وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في حكم حديث لها انظر

Civ. 1er, 7 janv. 1992, j.C.P. 1992, II, 21971, note Ramarolant, Revtrim, dr. civ- 1992. 586, obs. Gautier.

وقد أسست المحكمة هذا القضاء على أساس أن حق الحبس حق عيني. ونحن لا نتفق مع هذا التكييف.

لحقه، أي أن الحق في الحبس حقاً تابعاً للالتزام المضمون، فأنه ينقضي تبعاً لانقضاء ز لإالالتزام المضمون. فلو انقضى حق الحابس بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة، انقضى الحق في الحبس بالتبعية لذلك. وكذلك قد ينقضي الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون بغير وفاء أصلاً كما لو أبرأ الدائن الحابس المدين من الدين أو إذا انقضى الدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي. مع ملاحظة أن الالتزام المضمون بالحق في الحبس لا ينقضي بالتقادم طالما ظلت العين المحبوسة في يد الحابس لأن ذلك يعد إقراراً ضمنياً بالدين من جانب المدين من شأنه أن يقطع التقادم الخاص به. كما أن الوفاء الجزئي لا يؤدي إلى انقضاء الحق في الحبس. لأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة إذ يكون للحابس أن يحتبس جميع العين حتى يستوفي حقه كاملاً.

٢ ـ انقضاء الحق في الحبس بطريقة أصلية:

وينقضي الحق في الحبس هنا بطريقة أصلية استقلالاً عن انقضاء الالتزام المضمون إذا فقد سبب وجوده، كتقديم تأمين، كاف للوفاء بالالتزام المضمون، أو هلاك الشيء المحبوس، أو خروجه من يد الحابس خروجاً إرادياً. ولنر ذلك:

أ ـ تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون بالحق في الحبس، فوفقاً لنص المادة ٢٤٦/ ١ مدني يلتزم الحابس بتسليم العين المحبوسة إلى مالكها أو من له الحق في استردادها إذا قدم له هذا الأخير تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه. إذ في هذه الحالة ينتفي الغرض من الاستمرار في حبس العين. في القانون اللبناني لم يرد نصاً مماثلاً لنص المادة ٢٤٦/ ١ مدني مصري ومع ذلك يمكن الأخذ بذات الحكم لأنه يتفق مع علة الحق في الحبس. كما أن المشرع اللبناني أخذ به في تطبيق خاص للحق في الحبس في نص المادة ٤٧٠ موجبات وعقود. بصدد عقد البيع (تقابلها المادة ٤٥٧/ ٢ مدني مصري).

ب ـ هلاك الشيء المحبوس، فالحق في الحبس يستمد سبب وجوده وقوته من مجرد حيازة الشيء أو السيطرة عليه. ولذلك نجد أن الدائن الحابس يستمد ضمانه من هذا الواقع. فمن البديهي أن ينقضي الحق في الحبس في حالة هلاك الشيء المحبوس لانعدام المحل.

لكن إذا كان هذا الهلاك بفعل الحابس كان مسؤولاً عن تعويض المالك عنه. أما

إذا كان هذا الهلاك لسبب أجنبي فإنه يهلك على مالكه، ولكن هناك تساؤلاً يطرح نفسه وذلك في حالة ما إذا كان الشيء الهالك مؤمناً عليه، أو كان الهلاك راجعاً إلى فعل الغير، هل ينتقل الحق في الحبس إلى مبلغ التأمين أو التعويض المستحق في هذه الحالات؟

غالبية الفقهاء ترى أن حق الحابس يتعلق بمبلغ التأمين أو التعويض طبقاً لنظرية الحلول العيني[1]، بينما يرى البعض عدم جواز ذلك لأن الحلول العيني لا يستقيم مع الاعتبارات التي يقوم عليها الحق في الحبس[2].

ونحن نؤيد الرأي الثاني وذلك لأن الحق في الحبس يستمد من الأمر الواقع، من حيازة الشيء والسيطرة الفعلية عليه، وأن الضمان الذي يعطيه للحابس لا يستند إلى حق عيني تبعي وإنما يرجع إلى تميز فعلي لا قانوني للدائن الحابس على باقي الدائنين. ولذلك لا يجوز القياس على المادة ١٠٤٩ مدني والتي تجعل الحق العيني التبعي يتعلق بمبلغ التعويض أو التأمين لأن وظيفة التأمين العيني المستند إلى حق عيني تبعي تقتضي التوسع في نطاق الأفضلية بحيث لا يقتصر على الثمن بل يشمل كل مقابل نقدي أياً كانت الصورة التي تمثل فيها[3]. ولا محل لهذا في الحق في الحبس فهو لا يخول الدائن أولوية في استيفاء دينه[4].

جـ - خروج العين من يد الحابس خروجاً إرادياً: فينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه (م ١/٢٤٨ مدني مصري وم ٢٧٣ موجبات وعقود) كما لو سلم الشيء إلى المالك أو إلى خلفه الخاص إذا تصرف المالك فيه أو إلى الراسي عليه المزاد عند تنفيذ الدائنين على الشيء المحبوس.

وانقضاء الحق في الحبس بالتخلي الاختياري يرجع إلى أن الحق في الحبس يقوم على أساس وضع اليد على الشيء، فيفقد بفقد اليد. وليس أساسه انصراف إرادة الدائن الحابس إلى التنازل عن الحق في الحبس. ولذلك ينقضي الحق في الحبس ولو

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٨٤ ص ١١٩٣، أنور سلطان: المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٩٢، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٨٤ ص ٢٠٤.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٢٢.

(٣) انظر مؤلفنا في التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٣، فقرة ١٤، ص ٣٣، ٣٤ وانظر أيضاً شمس الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية ١٩٥٩ فقرة ٣٠ ص ٦٧.

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٢٣ هامش ١.

كان الدائن عند التخلي قد أعلن صراحة «أنه يريد نقل حقه في الحبس من الشيء إلى ثمنه»[1] ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك، أو التلف والتي نظمتها المادة ٢٤٧/٣ مدني.

أما إذا كان الشيء المحبوس قد خرج من يد الدائن الحابس خفية أو انتزع منه رغم معارضته فإن الحق في الحبس لا ينقضي في الحال. إذ يكون للدائن أن يسترد الشيء ليباشر عليه حقه في الحبس خلال مدة معينة. فقد نصت المادة ٢٤٨/٢ على «ضرورة أن يقوم الدائن بطلب الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه». أي أن حقه في الحبس، يسقط بأقصر الأجلين. في القانون اللبناني تنص المادة ٢٧٣ موجبات وعقود على أن «يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً تبتديء من تاريخ علمه بذلك الانتزاع».

وإذا عاد الشيء إلى يد الدائن بعد انقضاء الحق في الحبس فإن حقه القديم في الحبس لا يبعث من جديد إلا إذا كان الشيء قد عاد إليه لنفس السبب الذي من أجله سبق له احتباسه، أما إذا عاد إليه بسبب آخر، فليس له حبسه إلا لضمان ما على المدين من التزام جديد ناشىء عن هذا السبب الثاني[2]. ومثال الحالة الأولى عندما يعهد شخص بإصلاح سيارة إلى صاحب جراج ثم يقوم هذا الأخير بتسليمها له قبل أن يستوفي ما هو مستحق له، فإذا أعادها صاحب السيارة له لاستكمال إصلاحها فيكون لصاحب الجراج في هذه الحالة أن يحبس السيارة لاستيفاء كامل حقه. أما إذا أعادها له لتخزينها عنده فليس له أن يحبسها لاستيفاء أجر ما قام به من إصلاحات لانقضاء الحق في الحبس الضامن لذلك بتسليم السيارة له. لكن يستطيع أن يحبس السيارة لاستيفاء ما أنفقه للمحافظة على السيارة أثناء التخزين، لأن ذلك أنشأ له حق حبس جديد.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص ٢٣٠، ٢٣١.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٠٧ ص ٩٣.

الباب الثاني

الأوصاف أو القيود المعدلة لأثر الالتزام

ـ الالتزام البسيط والالتزام الموصوف:

تكلمنا في الباب السابق عن آثار الالتزام بوجه عام ـ وكنا نواجه في هذا الباب الالتزام في صورته البسيطة، أي الالتزام الذي لم يلحقه وصف أو قيد يعدل من آثاره. فالالتزام البسيط التزام بات ومنجز بين شخصين، مدين ودائن، ويتعلق بمحل واحد.

لكن إلى جانب الالتزام البسيط يوجد الالتزام الموصوف، والالتزام الموصوف هو الالتزام الذي لحق أحد عناصره الثلاثة، رابطة المديونية أو المحل أو الأطراف، وصفاً يكون من شأنه أن يعدل من آثاره ـ وعلى ذلك تنقسم أوصاف الالتزام إلى ثلاثة أنواع:

١ ـ فمنها ما يتصل بنفاذ الالتزام أو وجوده ذاته، وذلك هو الأجل والشرط.

٢ ـ ومنها ما يتصل بمحل الالتزام، فقد يتعدد المحل، فيكون الالتزام تخييرياً أو بدلياً على حسب الأحوال.

٣ ـ ومنها ما يتصل بأطراف الالتزام، فقد يتعدد الدائنون أو المدينون في الالتزام الواحد. وهذا التعدد قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن. كما أن هذا التعدد يكون في التزام غير قابل للانقسام.

ـ خطة الدراسة:

على ضوء ما تقدم نجد أن دراسة أوصاف الالتزام تكون في ثلاثة فصول متعاقبة:

الفصل الأول: في الشرط والأجل.
الفصل الثاني: في تعدد محل الالتزام.
الفصل الثالث: في تعدد طرفي الالتزام.

الفصل الأول

الشرط والأجل

١ ـ الشرط والأجل وقانون الإئتمان:

إن فكرة الإئتمان تفترض وجود ثلاثة عناصر في الواقع، النقود والأجل والثقة. لذلك لا يتصور إئتمان دون أن يكون أداء أحد المتعاقدين قد امتد من حيث الزمان. فالإئتمان الحال، ارتباط بالنسبة للمستقبل[١].

وعلى ذلك «فكل من الشرط والأجل هو النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل، فالنشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر، بل لا بد أن يمتد إلى المستقبل. فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضي منه ذلك، وتدفعه إليه دفعاً. وكثيراً من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذي يكشف عنها. ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل، فكلاهما أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم في المستقبل[٢].

٢ ـ ماهية الشرط والأجل والتمييز بينهما:

تنص المادة ٢٦٥ مدني على أنه «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع» وتنص المادة ٨١ موجبات وعقود

(١) انظر مؤلفنا نحو قانون خاص بالإئتمان، السابق الإشارة إليه ص ٢٥ و ٢٦.
(٢) انظر اهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٢ ـ ١٦٣ مشار إليه في السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٣ ص ٧.

لبناني على أن «الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه توالد الموجب أو سقوطه، ويكون له مفعول رجعي إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب». كما أن المادة ٢٧١ مدني تنص على أنه «يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع». وتنص المادة ٢/١٠٠ موجبات وعقود لبناني على أن «الأجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يوقف استحقاق الموجب أو سقوط ولا يكون له مفعول رجعي».

وعلى ضوء ذلك يتضح أوجه الاختلاف بين الشرط والأجل بالرغم من أن كل منهما يعد وصفاً يلحق الالتـزام فيعدل من آثاره ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

ـ **الأجل**: هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. فالتزام المقترض برد مبلغ القرض بعد سنة، مثلاً، التزام يتوقف نفاذه على حلول الموعد المحدد. فهو التزام غير مستحق الأداء، بمعنى أن الدائن، المقرض، لا يستطيع أن يطالب المدين، المقترض، بمبلغ القرض قبل هذا الميعاد. ويسمى في هذه الحالة بالأجل الواقف، أي الذي يترتب على حلوله نفاذ الالتزام، أما إذا اتفق في عقد إيجار على أن تكون الإجارة لمدة سنة مثلاً، معنى ذلك أن المؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال هذه المدة، فإذا انقضت السنة انقضى التزام المؤجر. ويسمى الأجل في هذه الحالة بالأجل الفاسخ، أي الذي يترتب على حلوله انقضاء الالتزام. والأجل الفاسخ لا يتصور إلا في الالتزامات المستمرة أو الدورية حيث أنه يضع حداً زمنياً ينقضي عنده الالتزام.

وإذا كان الغالب أن يكون الأجل تاريخاً محدداً إلا أن ذلك ليس ضرورياً. إذ أن العبرة في الأمر المستقبل أن يكون محقق الوقوع ولو أنه غير متيقن من الوقت الذي سيقع فيه ـ وقد أكدت ذلك المادة ٢/٢٧١ مدني ذلك بقولها «ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه» وعلى ذلك إذا التزم شخص بأن يؤدي لآخر مرتباً مدى حياته، كان التزامه مقترناً بأجل فاسخ وهو موت الدائن، وبديهي أن الموت أمر مستقبل محقق الوقوع وإن لم يعرف تاريخ وقوعه.

ـ **الشرط**: هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام، وهذا هو الشرط الواقف، أو زواله وهذا هو الشرط الفاسخ، ومثال الشرط الواقف أن

يلتزم شخص بهبة ابنه مالاً معيناً إذا تزوج أو ولد له ولد. ففي هذه الحالة لا يوجد التزام الأب إلا إذا تزوج الأبن أو رزق بولد، وهذه أمور مستقبلة غير محققة الوقوع، فإن تحقق الشرط وجد الالتزام، وإن تخلف امتنع وجود الالتزام. وعلى العكس يكون الشرط فاسخاً إذا اتفق على إنشاء الالتزام من بادىء الأمر على أن يفسخ إذا تحقق الشرط. مثال ذلك أن يهب شخص آخر مالاً معيناً على أن يعود إليه هذا المال إذا رزق ولداً، ففي هذه الحالة التزام الواهب معلق على شرط فاسخ، فإن تحقق هذا الشرط، وهو أمر غير مؤكد، عاد إليه المال المرغوب.

والسمة المميزة للشرط سواء أكان واقفاً أو فاسخاً، أن أثره يستند إلى الماضي، بمعنى أنه إذا تحقق الشرط الواقف أعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحققه بل من وقت الاتفاق على إنشائه، وإن تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يوجد أصلاً.

ـ **أوجه الشبه والاختلاف بين الشرط والأجل**: فإذا كان كل من الشرط والأجل أمراً مستقبلاً إلا أن الفارق الجوهري بينهما هو تحقق الوقوع من عدمه، فالأجل محقق الوقوع أما الشرط فوقوعه غير محقق.

كما أن كلاً من الشروط والأجل يعتبران وصفاً في الالتزام ولكنهما يختلفان في الأثر الذي يترتب على اتصاف الالتزام بأي منهما. فالأجل لا أثر له في وجود الالتزام، فإن كان الأجل واقفاً، فالالتزام موجود قبل حلول الأجل وإن كان غير نافذ. ولا يصير نافذاً إلا من وقت حلول الأجل. فإذا كان الأجل فاسخاً فالالتزام موجود ونافذ إلى أن يحل الأجل، فإذا حل الأجل انقضى الالتزام بعد ذلك الوقت دون أن يؤثر في وجوده السابق. وعلى العكس فإن أثر الشرط يرد على وجود الالتزام ذاته ولذلك كان لتحقق الشرط أثر رجعي، فإذا كان الشرط واقفاً فلا يوجد الالتزام إلا إذا تحقق الشرط، وبتحققه يعتبر الالتزام قد وجد مؤكداً من وقت الاتفاق، أما إذا تخلف الشرط فلن يوجد الالتزام أصلاً. وإن كان الشرط فاسخاً، فإن الالتزام يكون موجوداً نافذاً قبل تحققه، ولكن إذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام من الوجود، فيعتبر أنه لم يوجد أصلاً[1].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٩، ص ٢٧٣.

ـ **الوفاء عنده المقدرة أو الميسرة**: يترتب على الاختلاف الجوهري بين الشرط والأجل، أنه يلزم، عند إتفاق الطرفين على أمر مستقبل كوصف يلحق الالتزام، تحديد ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، أتعليق على شـرط أو إضافة إلى أجل. وقد يدق الأمر في بعض الأحيان من ذلك حالة ما إذا اتفق على أن الوفاء بالالتزام يكون عند «المقدرة أو الميسرة» أو «عند الإمكان» فيثور التساؤل في هذا الصدد حول ما إذا كانت هذه الواقعة شرطاً أم أجلاً؟

وتظهر أهمية هذا التساؤل في أنه لو حمل مثل هذا الاتفاق محمل الشرط كان معنى ذلك أن الالتزام غير موجود وقد لا يوجد أبداً. إذ قد يظل المدين غير قادر على الوفاء إلى وقت وفاته فيموت معسراً، فلا يكون للدائن اقتضاء أي شيء حال حياته، ولا أن يشارك غيره من الدائنين في قيمة أموال التركة عند وفاته، لتخلف الشرط الذي توقف على تحققه وجود الالتزام وهو الاقتدار أو الميسرة. أما إذا حمل هذا الاتفاق محل الأجل فإن التزام المدين يكون التزاماً مؤكداً أضيف نفاذه إلى أمر مستقبل هو وفاة المدين على الأكثر، فيكون للدائن أن ينفذ بحقه على أموال التركة ولو كان المدين قد توفي معسراً.

وقد نظم المشرع هذا الفرض بالنص في المادة ٢٧٢ مدني على أنه «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه».

وكما هو واضح فإن المشرع قد وضع قرينه بمقتضاها حمل هذا الاتفاق محمل الأجل لا محمل الشرط. وهذه قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها. فإذا ثبت أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل الاقتدار أو الميسرة شرطاً، كان وجود الالتزام معلقاً على شرط واقف واستبعد تطبيق أحكام المادة ٢٧٢، فإذا توفي المدين معسراً فإن الالتزام يتخلف نهائياً.

وفي القانون اللبناني لم يرد نص صريح ومباشر بصدد الوفاء عند المقدرة أو الميسرة وإنما أورد المشرع اللبناني تطبيقاً حرفياً له بصدد عقد القرض فنصت المادة ٧٦٣ على أنه «١ ـ إذا لم يعين أجل كان المقترض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من

المقرض» «٢ ـ وإذا اتفق الفريقان على أن المقترض لا يوفي إلا عند تمكنه من الإيفاء أو حين تتسنى له الوسائل، فللمقرض عندئذ أن يطلب من القاضي تعيين موعد للإيفاء».

وهذا النص الخاص يتفق مع حكم القواعد العامة الواردة في القانون المصري ولذلك ليس هناك ما يمنع من تعميمه بالنسبة لكافة الالتزامات بصفة عامة.

المبحث الأول

الشـــــرط

الشرط كوصف في الالتزام: ويقصد بهذا الشرط الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع، الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله. والشرط بهذا المعنى أمر خارجي عارض تضيفـه الإرادة إلى الالتزام بعد أن يستوفي أركانه وعناصر تكوينه.

وهذا المعنى الاصطلاحي لشرط يميزه عن غيره مما يطلق عليه اسم الشرط، من ذلك شروط العقد، كالشرط الجزائي والشرط الفاسخ الضمني وشرط المنع من التصرف، والشروط القانونية، أي التي تطلق على عنصر من العناصر التي يتطلبها القانون لترتيب أثر معين، كشرط الرسمية في عقد الهبة والرهن الرسمي، أو الحاجة كشرط للالتزام بالنفقة ـ وللتفرقة بين الشرط الواقف وبين الشروط القانونية التي يتطلبها القانون لنشوء الالتزام، أهمية عملية. فللشرط، كوصف في الالتزام، أثر رجعي. فإذا تحقق استند أثره إلى وقت انعقاد التصرف. أما الشروط القانونية فالأصل أن ليس لها أثر رجعي، فلا تترتب آثارها إلا من وقت استكمالها[١].

أنواع الشرط: الشرط الواقف والشرط الفاسخ: فالشرط الواقف هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، أما الشرط الفاسخ فهو الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام. وإذا دق الأمر فان القاضي يحدد طبيعة الشرط بالرجوع إلى نية المتعاقدين وظروف العقد وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض. وتنص المادة ٢/٢٨١ موجبات

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩ ص ٢٨٧.

وعقود لبناني على أنه «في الحالة الأولى (يتعلق عليه تولد الموجب) المشار إليها في الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق، وفي الحالة الثانية (أو سقوطه) يسمى شرط الإلغاء.

ويجب التفرقة في هذا الصدد بين الشرط الفاسخ كوصف في الالتزام يجعل حق الدائن مهدداً بالزوال وبين الشرط الفاسخ كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام المقابل في العقد الملزم للجانبين. ففي هذا الشرط الأخير لا يترتب عليه الفسخ حتماً، بل يكون للطرف الآخر أن يطالب بالتنفيذ بدلاً من الفسخ. وإذا اختار الفسخ فلا بـد من الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم به[1]، أما تعليق الالتزام على شرط فاسخ، يتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، كما لا يستطيع الدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام. ومثال ذلك إذا علق التزام الواهب على شرط فاسخ هو زواج الموهوب له من سيدة معينة مثلاً فليس معنى هذا أن الموهوب له قد التزم بعدم الزواج. فليس للواهب في هذه الحالة أن يطالب الموهوب له بتنفيذ هذا الالتزام المزعوم، وبالتالي ليس له حق في التعويض إذا تم هذا الزواج. بل يقتصر أثر الشرط في هذه الحالة على فسخ الهبة فيسترد الواهب ما وهب. ويتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون الالتجاء إلى القضاء. وهذا هو الفرق الجوهري بين الشرط الفاسخ كوصف في الالتزام، وبين التكليف أو العوض في الهبة وفيه تنصرف إرادة الواهب إلى إنشاء التزام على عاتق الموهوب له بحيث يكون له أن يطالبه بتنفيذه[2].

خطة الدراسة: لدراسة الشرط سوف ندرس أولاً: مقومات الشرط ثم نتحدث بعد ذلك عن الآثار المترتبة على الشرط.

المطلب الأول

مقومات الشرط

لكي تصبح واقعة من الوقائع كشرط يتصف به الالتزام، يشترط أن تكون هذه

(١) إلا إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. وهذا الشرط الفاسخ الصريح لا يختلط أيضاً بالشرط الفاسخ كوصف للإلتزام إذ الأول لا يمنع من مطالبة المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بتنفيذه.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٢٨٨.

الواقعة، أولاً، أمراً مستقبلاً، ثانياً، غير محقق الوقوع، وثالثاً ممكناً، ورابعاً: مشروعاً.

أولاً ـ الشرط أمر مستقبل:

يرتبط الشرط ارتباطاً وثيقاً بالمستقبل ولذلك ينبغي لكي تعتبر الواقعة شرطاً أن تكون مستقبلة، أي أن يكون تحققها لاحقاً على انعقاد العقد. ويترتب على ذلك أن تنتفي حقيقة التعليق ان كان الأمر الذي علق عليه الالتزام قد وقع فعلاً قبل الاتفاق، ولو كان المتعاقدان يجهلان وقوعه. فإن كانا قد علقا وجود الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ترتب الالتزام باتاً لا معلقاً، وإن كانا قد علقا عليه زوال الالتزام لم ينشأ الالتزام أصلاً. ولذلك نصت المادة ٨١/٣ موجبات وعقود لبناني على أن «العارض الماضي أو الحاضر وإن جهله الفريقان لا يعد شرطاً بالمعنى المقصود من هذه المادة».

ثانياً ـ الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع:

لا يكفي في الواقعة حتى تعتبر شرطاً أن تكون أمراً مستقبلاً بل يجب كذلك أن تكون أمراً غير محقق الوقوع. وفي ذلك يختلف الشرط عن الأجل، حيث أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع. وهو يكون كذلك حتى لو كان وقت وقوعه غير معروف سلفاً، كالموت، فهو أجل غير معين. لكن يمكن أن يكون شرطاً إذا اشترط وقوعه في خلال مدة معينة. إذ بذلك يصبح أمراً غير محقق الوقوع. فمن يتعهد بهبة آخر مالاً معيناً إذا توفي والده قبل بلوغه سن الرشد، يلتزم بالتزام معلق على شرط، لأنه ليس من المحقق أن تتم الوفاة على الوجه المشروط[1].

ـ يشترط ألا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفاً على محض إرادة المدين:

إذا كان الشرط أمر غير محقق الوقوع فان ذلك يقتضي ألا يكون تحققه في الشرط الواقف متروكاً لمحض إرادة المدين وإلا امتنع قيام الالتزام لانفراد المدين بعقدة الرابطة القانونية بأن يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم وقد نصت المادة ٨٤ موجبات وعقود لبناني صراحة على أن «يكون الموجب باطلاً إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها». ولكن لمعرفة متى يعتبر الشرط شرطاً إرادياً محضاً ينبغي أن نعرض لتقسيم الشرط من حيث مدى تعلقه بالإرادة. وقد جرى الفقه على تقسيم

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٥، ص ٢٨٩.

الشرط إلى ثلاثة أنواع: الشرط الاحتمالي والشرط المختلط والشرط الإرادي.

ـ **الشرط الاحتمالي** هو الشرط الذي لا دخل لإرادة الأطراف في وقوعه وإنما يتوقف تحققه على محض الصدفة أو إرادة شخص آخر غير أحد طرفي الالتزام. مثاله كما لو التزم موظف بأن يؤجر منزله إذا تقرر نقله إلى بلدة أخرى، أو إذا التزم شخص بهبة مال معين لآخر إذا ولد له ولد ذكر. **وحكم الشرط الاحتمالي أنه شرط صحيح سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.**

ـ **الشرط المختلط** هو الذي يتوقف على إرادة أحد طرفي الالتزام وإرادة شخص معين من الغير في وقت واحد. مثال ذلك إذا التزم شخص بهبة مال معين لآخر إذا تزوج من سيدة معينة. فهذا الشرط يتعلق بإرادة من اشترط عليه وبإرادة من اشترط الزواج منها **وحكم الشرط المختلط أنه شرط صحيح سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.**

ـ **الشرط الإرادي**، وهو الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام فقط، وهذا الشرط أما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً وأما شرط إرادياً محضاً.

ـ **والشرط الإرادي البسيط** هو الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام مقترن بعمل معين. كأن أهبك مالاً إذا تزوجت أو أبيعك منزلي إذا سافرت إلى الخارج. **وحكم هذا الشرط أنه شرط صحيح، سواء تعلق بإرادة الدائن والمدين، وسواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.**

ـ **والشرط الإرادي المحض** هو الذي يتوقف تحققه على محض إرادة أحد طرفي الالتزام دون اقتضاء أي شيء آخر. كان أهبك مالاً إذا أردت أنا، هذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة المدين، أو أهبك هذا المال إذا أردت أنت، وهذا شرط واقف **متعلق بمحض إرادة الدائن، وحكم هذا الشرط أنه يكون صحيحاً إذا تعلق بإرادة الدائن،** إذ يقوم الالتزام إذا شاء الدائن تقاضاه وإن شاء أجل المدين منه ـ **أما إذا تعلق هذا الشرط بإرادة المدين فإن الشرط، يكون باطلاً والالتزام كذلك** لأن هذا يتنافى مع طبيعة الالتزام ذاته. وقد نصت المادة ٢٦٧ مدني مصري على ذلك بقولها أن «الالتزام لا يكون قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم».

وبذلك لا تظهر أهمية تقسيم الشرط إلى احتمالي ومختلط وإرادي إلا بالنسبة

للشرط الواقف. فالشرط الفاسخ صحيح في جميع الأحوال أي سواء كان احتمالياً أو مختلطاً أو إرادياً، بسيطاً كان أو محضاً معقوداً بمحض إرادة الدائن أو المدين.

أما الشرط الواقف فهو صحيح إن كان احتمالياً أو مختلطاً أو إرادياً بسيطاً. أما إذا كان إرادياً محضاً فيكون صحيحاً فقط إذا كان متعلقاً بمحض إرادة الدائن. أما إذا كان متعلقاً بمحض إرادة المدين فإن الالتزام لا يكون قائماً لأن ترك زمام الرابطة القانونية في يد المدين وحده يتنافى مع وجود الالتزام ذاته، إذ سيكون له أن يلتزم إن شاء أو أن لا يلتزم إن شاء أيضاً، بمعنى أنه لم يلتزم في الحقيقة بأي التزام.

ثالثاً ـ أن يكون الشرط ممكناً:

من مسلتزمات فكرة التعليق بالشرط الاحتمال، أي احتمال وقوعه... فإذا انتفى احتمال الوقوع انتفت حقيقة التعليق. وينتفي احتمال الوقوع إذا كانت الواقعة المشروطة مستحيلة الوقوع. **ويشترط في هذه الاستحالة أن تكون استحالة مطلقة، وأن تكون قائمة وقت التعليق عل الشرط**، لأن الاستحالة الطارئة لا تؤثر على صحة التعليق بل تؤدي إلى تخلف الشرط[1]. ويستوي بعد ذلك أن تكون هذه الاستحالة استحالة مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء، كتعهد شخص لآخر بإعطائه جائزة إذا اكتشف دواء يديم الحياة أو يحيي الموتى، أو استحالة قانونية ترجع إلى حكم القانون، كتعهد شخص لآخر بأن يهبه مالاً معيناً إذا حصل له على تنازل شخص ثالث عن نصيبه، في تركه إنسان على قيد الحياة[2].

وعلى ذلك نجد أن استحالة الواقعة المشروطة تتنافى مع حقيقة التعليق، وذلك سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً. **ولكن يختلف تأثير هذه الاستحالة في الالتزام ذاته باختلاف نوع الشرط.** فإذا كان الشرط المستحيل واقفاً فالالتزام لن يوجد على الإطلاق لامتناع تحقق الأمر الذي علق عليه وجوده. أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخاً فلا أثر له على الالتزام المعلق به، إذ يمتنع زوال الالتزام لأن الشرط الذي يترتب على تحققه زواله لن يتحقق، أي أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل هو في الحقيقة التزام بسيط وبات. وقد نصت المادة ٢٦٦/١ مدني مصري على هذه

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٢١، ص ١٩٦.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٢ ص ٢٩٢.

الأحكام فهي تقضي بأنه «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن. . هذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم».

في القانون اللبناني تنص المادة ٨٢ موجبات وعقود على أن «إشتراط الشيء المستحيل. . . باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه. وأن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادي أو الوجه القانوني لا تجعل الاتفاق صحيحاً».

«بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك أي أن الشرط المستحيل. . . يعد كأنه لم يكتب إذا كان الفريقان لم يجعلا له شأناً جازماً ولم يكن له في التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب».

يتضح من ذلك أنه إذا علق الالتزام على شرط مستحيل كان الشرط باطلاً. ويمتد أثر بطلان الشرط إلى الاتفاق نفسه فيبطله بشرط أن يكون الشرط المستحيل هو الباعث الدافع إلى التعاقد. ولا يغير من هذا الحكم إذا أصبح الشرط ممكناً فيما بعد.

ومع ذلك يجب الأخذ في الاعتبار نوع الشرط فيما إذا كان واقفاً أو فاسخاً بالنسبة لتأثير استحالة الواقعة المشروطة على النحو السابق بيانه لأنه ذلك يتفق وطبيعة الأشياء.

رابعاً ـ أن يكون الشرط مشروعاً:

ويعتبر الشرط غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب. والعبرة في تحديد عدم مشروعية الشرط ليس بعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها، بل بالغرض الذي يهدف إليه المتعاقدان. وعلى ذلك فقد تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة ويكون الشرط مع ذلك مشروعاً صحيحاً. فارتكاب جريمة واقعة غير مشروعة، ولكن يصح إشتراطها كشرط فاسخ للالتزام. فتصح الهبة مع اشتراط الفسخ إن ارتكب الموهوب له جريمة معينة ـ إذ لا يقصد بالشرط في هذه الحالة تحقيق أمر غير مشروع، بل على العكس المقصود من الشرط في هذه الحالة منعه ـ وبالعكس قد تكون الواقعة مشروعة والشرط غير مشروع، كتعليق فسخ الهبة على عدم ارتكاب الموهوب له لجريمة معينة. فعدم ارتكاب الجريمة أمر مشروع، ولكن اشتراطها شرطاً فاسخاً جعل الشرط ذاته غير مشروع، لأنه قد قصد به أمر غير مشروع وهو حمل الموهوب على ارتكاب الجريمة.

جزاء الشرط غير المشروع هو البطلان ولكن ما هو أثر البطلان الشرط على الالتزام المعلق عليه ذاته. قد فرقت المادة ٢٢٦ مدني في هذا الصدد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ:

فإذا كان الشرط غير المشروع واقفاً فلا يقوم الالتزام (م ٢٦٦/ ١ مدني) لأن الشرط الواقف، وقد علق عليه وجود التزام يختلط بالباعث الدافع إلى التعاقد، والقاعدة هي بطلان التصرف إن كان الباعث عليه غير مشروع، وما دام التصرف باطلاً فلن ينشأ الالتزام.

أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخاً. فطبقاً لنص المادة ٢٦٦/ ١ مدني يجب التفرقة بين حالتين. أولاهما تعرض حيث يكون الشرط الفاسخ ثانوي الأهمية فيبطل الشرط ويبقى الالتزام غير مهدد بالزوال، أي يصبح التزاماً باتاً. والثانية تعرض حيث يكون الشرط عنصراً جوهرياً، فإن يكون هو السبب الدافع وفي هذه الحالة يبطل الشرط ولا ينشأ الالتزام.

ولكن هذه التفرقة التي أتت بها المادة ٢٦٦ في شأن الشرط الفاسخ غير المشروع كانت محل نقد شديد من جانب الفقهاء، حيث أنه يصعب تصور تعليق زوال التزام على شرط فاسخ غير مشروع ثانوي الأهمية في نظر المتعاقدين[1].

في القانون اللبناني تنص المادة ٨٢ موجبات وعقود على أن «اشتراط الشيء... المخالف للأداب أو للقانون باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه....».

«بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك أي أن الشرط... غير المباح يعد كأنه لم يكتب إذا كان الفريقان لم يجعلا له شأناً جازماً ولم يكن له في التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب».

يتضح من ذلك أن القانون اللبناني قد جعل جزاء الشرط غير المشروع البطلان. وبالنسبة لأثر بطلان الشرط على الاتفاق فإن القانون اللبناني لم يفرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ كما فعل القانون المصري في المادة ٢٢٦ مدني وإنما اشترط في جميع الأحوال أن يكون الشرط غير المشروع هو الباعث الدافع إلى التعاقد وذلك

(١) انظر أنور سلطان، المرجع السابق فقرة ٢٢ ص ١٦٨، إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ١٤٣ ص ٢٩٤.

حتى يؤدي إلى بطلان الاتفاق المعلق عليه ذاته.

وقد جاءت المادة ١/٨٣ موجبات وعقود قاطعة في بطلان الشروط التي تقيد من الحريات العامة للأفراد فنصت على أن «باطل كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقة في الزواج أو حقوقه المدنية».

وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٨٣ استثناءً اشتراط عدم ممارسة مهنة أو صناعة معينة إذا كان المنع محدد بزمن معين وبمكان محدد. كما أجازت لشرط بقاء الترمل إذا وجد ما يسوغه من أسباب مشروعة يقدرها القاضي. وقد صيغت على النحو التالي «غير أن هذا الـحكـم لا يسري على الحالة التي يحبس وقد صيغت على النحو التالي «غير أن هذا الحكم لا يسري على الحالة التي يحبس فيها أحد الفريقيين نفسه عن ممارسة صناعة أو مهنة ما في زمن معين أو مكان محدد أما شرط بقاء الترمل فيكون صحيحاً إذا وجد ما يصوبه من الأسباب المشروعة وحق تقديرها يعود إلى القاضي.

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على الشرط

إن دراسة آثار الشرط تقتضي منا التفرقة بين مرحلتين: مرحلة التعليق، أي قبل أن يعرف مصيره، سواء أكان الشرط واقفاً أم كان فاسخاً. ومرحلة بعد انتهاء التعليق، أي بعد أن تتحقق الواقعة المشروطة أو تتخلف، سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الشرط الفاسخ.

أولاً: آثار الشرط في مرحلة التعليق

وهنا يجب أن نميز بين آثار الشرط الواقف أثناء مرحلة التعليق وآثار الشرط الفاسخ في هذه المرحلة.

١ ـ آثار الشرط الواقف:

الشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام، بحيث إذا تحقق وجد الالتزام، وإذا تخلف لم يوجد. مثال ذلك أن يلتزم أب بأن يهب ابنه مالاً معيناً

إذا ولد له ولد. فالشرط الواقف يوقف وجود الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة. وعلى ذلك فليس للدائن حق مؤكد، إذ لا يدري أيتحقق الشرط أم لا يتحقق. لكن ليس معنى هذا أنه لا توجد رابطة قانونية بين الدائن والمدين أثناء فترة التعليق، فلا شك أنه ليس للمدين أن يعدل عما تعهد به ولو كان قد علق التزامه على شرط لم يتحقق بعد. فليس للدائن مجرد أمل للمدين أن يخلقه، **بل له حق غير مؤكد الوجود**.

ويستخلص ذلك بوضوح من المادة ٢٦٨ مدني مصري والتي تنص على أنه «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه».

كما أن المادة ٩٣ موجبات وعقود لبناني تنص على «إن الموجب المعقود على شرط التعليق لا يقبل التنفيذ الإجباري ولا التنفيذ الاختياري ولا يمر عليه الزمان ما دام الشرط معلقاً».

«على أن الدائن يمكن أن يقوم بأعمال احتياطية أخصها قيد الرهن المؤمن به دينه عند الاقتضاء وطلب تطبيق الخط ووضع الأختام وإنشاء المحاضر والجداول».

وتنص المادة ٩٤ موجبات وعقود لبناني على «إن الموجب الذي عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام».

ويترتب على ذلك عدة نتائج:

١ ـ أنه لا يجوز للدائن أثناء فترة التعليق أن يباشر أي إجراء من إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين. بل إذا أوفى المدين للدائن أثناء فترة التعليق حقه وفاء اختيارياً فله أن يسترد ما وفاه لأنه يكون قد أدى غير المستحق، فالالتزام المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ الفوري أو التنفيذ الاختياري (م ٢٦٨ مدني).

٢ ـ ليس للدائن أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المدين أثناء مرحلة التعليق لأن المقاصة طريق لاستيفاء الحق.

٣ ـ ليس للدائن أن يباشر الدعوى البوليصية لأنها لا تستلزم أن يكون حق الدائن موجوداً فحسب بل تتطلب علاوة على ذلك أن يكون حقه مستحق الأداء.

٤ ـ لا يسري التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة للالتزام المدين المعلق على شرط واقف لأنه لا يستحق الأداء إلا من وقت تحقق الشرط.

٥ ـ إذا كان الالتزام المعلق التزاماً بنقل ملكية شيء معين بالذات فلا تنتقل الملكية إلى الدائن إلا معلقة على الشرط الواقف، وذلك سواء أكان الشيء منقولاً أو عقاراً وتم تسجيل التصرف ويكون المدين مالكاً تحت شرط فاسخ.

إذا كانت هذه الآثار تترتب على اعتبار أن للدائن حقاً غير مؤكد الوجود إلا أنه على أية حال **لهذا الدائن حق وليس مجرد أمل. . ويترتب على ذلك ما يلي:**

١ ـ أن للدائن أن يتخذ بمقتضاه من الإجراءات ما يكفل له المحافظة علن حقه (م ٢٦٨ مدني مصري، م ٩٣/ ٢ موجبات وعقود لبناني) فإذا كان الالتزام بنقل ملكية عقار جاز للدائن أن يسجل العقد حتى تنتقل إليه الملكية معلقة على شرط واقف، كما يجوز له أن يقيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق. ويجوز له أن يرفع دعوى صحة التوقيع، ودعوى غير مباشرة، ودعوى صورية حيث لا يشترط في الدعويين الأخيرتين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء. وله علاوة على ذلك أن يتدخل في إجراءات القسمة وفي الدعاوي التي يكون المدين طرفاً فيها. ويجوز له طلب تعيين حارس على العين المملوكة تحت شرط واقف، إذا كان المدين ينازع في هذا الحق ويخشى على العين بسبب هذه المنازعة.

كل ذلك مع مراعاة ما تنص على المادة ٩٥ موجبات وعقود لبناني من «إن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط. وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التي أجراها الموجب عليه من خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الأضرار بالدائن ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية».

وهذا ما أكدته أيضاً المادة ٩٨ موجبات وعقود بنصها على «أن القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٩٥ تطبق على الموجبات المعقودة على شرط الإلغاء فيما يختص بالأعمال التي أجراها ذاك الذي تلغى حقوقه بتحقق الشرط ما خلا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية»

٢ ـ إن حق الدائن ينتقل بوصفه إلى ورثته إذا توفي أثناء فترة التعليق. كما يجوز له أن يتصرف فيه حال حياته، وأن يوصي به.

٢ ـ آثار الشرط الفاسخ:

الشرط الفاسخ هو الشرط الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام. وعلى ذلك **فإن الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام قائم ونافذ في أثناء فترة التعليق، وإن كان مهدداً بخطر الزوال**. ولذلك يأخذ الالتزام المعلق على شرط فاسخ، في أثناء مرحلة التعليق حكم الالتزام البسيط غير الموصوف. بمعنى أنه يعتبر موجوداً وواجب النفاذ فور نشوئه وإن كان قابلاً للزوال، مما يجعل التصرفات التي يأتيها الدائن بهذا الالتزام معلقة على نفس الشرط الفاسخ المعلق عليه حقه. وقد أجملت ذلك المادة ٩٧/ ١ موجبات وعقود لبناني بقولها «إن شرط الإلغاء لا يوقف تنفيذ الموجب بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عند تحقق الشرط....».

ويترتب على اعتبار أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ، **التزام موجود ونافذ في** مرحلة التعليق **النتائج الآتية**:

١ ـ أن للدائن أن يباشر أي إجراء من إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين. وإذا قام المدين بالوفاء بالتزامه المعلق على شرط فاسخ يعتبر وفاؤه بالتزام مستحق الآداء.

٢ ـ يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين حقه وبين ما قد ينشأ في ذمته من التزام لصالح مدينه ولو كان هذا الالتزام باتاً[1].

٣ ـ ويسري التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة للالتزام المعلق على شرط فاسخ لأنه التزم مستحق الأداء.

٤ ـ يجوز للدائن أن يباشر الدعوى البوليصية إذ أن حقه مستحق الأداء.

٥ ـ إذا كان الالتزام بنقل ملكية شيء، فإن الملكية تنتقل إلى الدائن بمجرد الإفراز في المنقول وبالتسجيل في العقار، غير أنها ملكية مهددة بالزوال. فيكون مالكاً تحت شرط فاسخ كما كان دائناً بنفس الشرط. وبذلك يكون مصير تصرفاته معقوداً

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ٨، عكس ذلك السنهوري الوسيط، جـ ٣، فقرة ٣٣، ص ٤٥ هامش ١.

بمصير الشرط. أما المدين فهو مالك تحت شرط واقف إذ يترتب عن تحقق الواقعة المشروطة أن تزول الملكية عن الدائن وتثبت الملكية للمدين.

ثانياً: آثار الشرط بعد إنتهاء التعليق

يجب أن ندرس، في هذا الصدد متى ينتهي التعليق، ثم نعرض بعد ذلك لآثار انتهاء التعليق، وأخيراً نقف على حقيقة قاعدة الأثر الرجعي للشرط والاستثناءات الواردة عليها.

أ ـ انتهاء التعليق بتحقق الشرط أو تخلفه:

تنتهي مرحلة التعليق إذا ما تحدد مصير الشرط، بأن تحقق أو تخلف. ولا يعتبر الشرط قد تحقق إلا إذا وقعت الواقعة المشروطة على النحو المتفق عليه بين المتعاقدين، فإذا تحدد ميعاد معين لوقوعها فإن الشرط يعتبر متخلفاً إذا لم تقع الواقعة المشروطة قبل انقضاء هذا الميعاد، ولو وقعت بعد ذلك. أما إذا لم يحدد ميعاد معين لوقوعها. فإن الالتزام يظل معلقاً مهما طالت المدة دون أن يقع الأمر المشروط، إلا إذا كان من المؤكد أنه لن يقع فيعتبر الشرط قد تخلف منذ هذا الوقت.

وفي ذلك تنص المادة ٨٨ موجبات وعقود لبناني على أنه « إذا عقد موجب وكان معلقاً بشرط وقوع حادث ما في وقت معين فإن هذا الشرط يعد غير متحقق إذا تصرم ذلك الوقت ولم يقع الحادث».

«ولا يجوز للمحكمة على الإطلاق أن تمنح في هذه الحالة تمديداً للمهلة».

وإذا لم يضرب أجل ما، فإن تحقق الشرط ممكن في كل آن ولا يعد غير متحقق إلا إذا أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع».

وتنص المادة ٨٩ على أنه «إذا عقد موجب مباح شرعاً على شرط أن لا يطرأ حدث ما في زمن معين فيعد هذا الشرط متحققاً إذا انقضى هذا الزمن ولم يقع الحادث أو أصبح من المؤكد قبل الأجل أنه لن يقع. وإذا لم يكن ثمة وقت معين فلا يتحقق الشرط إلا إذا بات من المؤكد أن الحدث لن يقع».

ويلاحظ أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ولو تخلف إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف، كالمدين في الشرط الواقف والدائن في الشرط الفاسخ، قد

حال دون تحققه بفعله مثال ذلك أن يشترط الواهب فسخ الهبة إذا ولد له ولد فيعمل الموهوب له على إجهاض زوجة الواهب لكي يمنع تحقق الشرط الفاسخ. ويعتبر الشرط متخلفاً حكماً، إذا كان تحققه راجعاً إلى فعل من جانب الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق، كالدائن في الشرط الواقف والمدين في الشرط الفاسخ. كمن يؤمن على مال له ضد خطر معين ثم يعمل على تعجيل وقوع هذا الخطر.

وقد نصت المادة ٩١ موجبات وعقود لبناني على أنه «يعد الشرط متحققاً حينما يكون المديون الملزم إلزاماً شرطياً قد منع بدون حق وقوع الحادث أو كان متأخراً عن إتمامه».

كما نصت المادة ٩٠ موجبات وعقود لبناني على «إن الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراط شخص ثالث في العمل أو على فعل الدائن، يعد غير متحقق إذا نكل الشخص الثالث عن الاشتراك أو الدائن عن اتمام الفعل المعين وإن يكن المانع غير منوط بمشيئته».

وتنص المادة ٩٢ موجبات وعقود على أنه «لا مفعول للشرط المتحقق إذا وقع الحادث بخدعة من الشخص الذي كان من مصلحته أن يقع هذا الحادث».

ب ـ أثر انتهاء التعليق:

ينتهي التعليق بتحقق أو بتخلف الشرط، ويترتب على ذلك عدة آثار سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الشرط الفاسخ.

١ ـ أثر تخلف الشرط

يختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان الشرط شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً.

ـ **إذا كان الشرط واقفاً وتخلف،** فإن حق الدائن يصبح عدماً أي امتنع وجوده. ويترتب على ذلك زوال كل الإجراءات التحفظية التي اتخذها الدائن أثناء فترة التعليق، وزوال التصرفات التي صدرت منه في شأن هذا الحق.

ـ **إذا كان الشرط فاسخاً وتخلف،** فإن الالتزام الذي كان مهدداً بالزوال أثناء فترة التعليق يزول عنه هذا الخطر ويتأيد نهائياً، وتتأيد بالتالي جميع التصرفات التي يكون قد أجراها الدائن أثناء فترة التعليق.

٢ ـ آثار تحقق الشرط

يختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان الشرط واقفاً أو شرطاً فاسخاً.

ـ إذا كان الشرط واقفاً وتحقق، فإن حق الدائن يتأكد وجوده ويصبح حقاً نافذاً مستحق الآداء، ويكون للدائن مباشرة الإجراءات التنفيذية، ويكون الوفاء إليه صحيحاً لا سبيل إلى استرداده، كما يكون له رفع الدعوى البوليصية، ويسري التقادم من وقت تحققه وله أن يتمسك بالمقاصة إذا توافرت شروطها الأخرى **ويعتبر حق الدائن حقاً موجوداً ونافذاً مستحق الأداء ليس فقط منذ تحقق الشرط بل من وقت الاتفاق على إنشائه عملاً بفكرة الأثر الرجعي للشرط. ويترتب على ذلك عدة نتائج:**

١ ـ إذا كان المدين قد وفى الدين عن غلط أثناء فترة التعليق ولم يكن قد استرد بعد ما دفع، فإنه لا يستطيع استرداده بعد تحقق الشرط إذ يعتبر أن حق الدائن كان موجوداً مؤكداً من وقت الاتفاق على إنشائه.

٢ ـ إذا كان حق الدائن المعلق على شرط واقف مضموناً برهن، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط فإن الرهن يأخذ مرتبته من تاريخ قيده لا من تاريخ تحقق الشرط.

٣ ـ إذا صدر قانون جديد أثناء فترة التعليق يعدل من شروط إنشاء الالتزام، كاشتراط الرسمية مثلاً، فإن هذا القانون لا يسري على الالتزام المعلق بعد تحقق الشرط، إذ يبقى هذا الالتزام خاضعاً للقانون القديم بفضل الأثر الرجعي للشرط، إذ يعتبر الحق موجوداً منذ البداية أي منذ أن كان التشريع القديم سارياً.

٤ ـ إذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف التزاماً بنقل ملكية شيء، وكان الدائن قد تصرف في الشيء أثناء فترة التعليق، باعتبـاره مالكاً للشيء تحت شرط واقف، ثم تحقق الشرط بعد ذلك، فإنه يعتبر قد تصرف فيما يملك لأنه يعتبر مالكاً للشيء وقت التصرف، فيكون تصرفه صحيحاً نافذاً، وكذلك بالنسبة للمتصرف إليه إذ تنتقل إليه الملكية من وقت التعاقد مع المالك لا من تحقق الشرط وذلك بفضل الأثر الرجعي للشرط. على العكس من ذلك تصرفات المدين، وهو مالك للشيء تحت شرط فاسخ، تعتبر صادرة من غير مالك.

ـ أما إذا كان الشرط فاسخاً وتحقق فإن حق الدائن الذي كان موجوداً أثناء فترة التعليق يزول ويعتبر كأنه لم يوجد أصلاً. ولذلك تنص المادة ٢٦٩ مدني مصري على

أنه «يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام. ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه التعويض».

وتنص المادة ٩٧ موجبات وعقود لبناني على «أن شرط الإلغاء لا يوقف تنفيذ الموجب بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عند تحقق الشرط».

«وإذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسؤول عنه لزمه بدل العطل والضرر، غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزيادات. وكل نص يقضي عليه برد المنتجات يعد كأنه لم يكن».

وتنص المادة ٩٩ موجبات وعقود على أنه «إذا تحقق شرط الإلغاء فإن الأعمال التي أجراها الدائن من خلال ذلك تصبح لغواً، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال». **ويترتب على الأثر الرجعي لزوال الالتزام عدة نتائج:**

١ ـ إذا كان المدين قد وفى به أثناء فترة التعليق كان له استرداد ما دفع بدعوى رد غير المستحق، ومن باب أولى يكون له الاسترداد إذا كان وفى عن غلط بعد تحقق الشرط.

٢ ـ تزول كافة الإجراءات التنفيذية والتحفظية التي يكون الدائن قد باشرها أثناء فترة التعليق للتنفيذ بحقه أو للمحافظة عليه.

٣ ـ إذا كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً بنقل ملكية شيء، وانتقلت الملكية بمقتضاة أثناء فترة التعليق، كالمشتري تحت شرط فاسخ، فإن تحقق الشرط الفاسخ زالت الملكية عن الدائن بأثر رجعي، وكأن العين لم تخرج أبداً عن ملك المدين. ويترتب على ذلك أن التصرفات التي صدرت من الدائن في شأن الشيء المتصرف فيه أثناء فترة التعليق تعتبر صادرة من غير مالك ولا تنفذ في مواجهة المدين وهو المالك الحقيقي.

جـ ـ فكرة الأثر الرجعي للشرط:

في هذا الصدد سنعرض لقاعدة الأثر الرجعي للشرط وتأصيلها، ثم ندرس بعد ذلك الاستثناءات الواردة عليها.

١ ـ تأصيل قاعدة الأثر الرجعي للشرط :

تعتبر قاعدة الأثر الرجعي للشرط من التقاليد الموروثة عن القانون الروماني. وقد أثارت هذه القاعدة الخلاف بين الكثير من الفقهاء، كما تباينت بصددها التشريعات، بين مؤيد ومعارض لها.

وقد ظل المشرع المصري أميناً على هذه التقاليد الموروثة وصاغ قاعدة الأثر الرجعي في المادة ٢٧٠/ ١ فنص على أنه «إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط» وتنص المادة ٨١ موجبات وعقود لبناني على أن «. . . يكون له (الشرط) مفعول رجعي إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب». وعلى ضوء هذا النصوص سنحاول تأصيل قاعدة الأثر الرجعي سواء من حيث الصياغة، أو الأساس القانوني، أو الاعتبارات العملية.

ـ **فمن حيث الصياغة** نجد أن الأثر الرجعي مجاز أو إفتراض قانوني. فمن حيث الواقع والحقيقة لم يكن للالتزام المعلق على شرط واقف وجوداً مؤكداً في فترة التعليق، كما أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ كان قائماً أثناء فترة التعليق، وعلى ذلك فالقول بأنه بتحقق الشرط الواقف يعتبر أن الالتزام كان باتاً ونافذاً من وقت الاتفاق على إنشائه، وبأنه بتخلف الشرط الفاسخ يعتبر كأن الالتزام لم ينشأ أصلاً، قول يجري على خلاف الحقيقة، فهو يقوم على المجاز أو الافتراض القانوني.

ـ **فمن حيث الأساس القانوني**، وكما يبدو من نص المادة ٢٧٠/ ١ مدني مصري وكذلك من نصوص قانون الموجبات والعقود اللبناني، أن الأثر الرجعي يعتبر تفسير لإرادة المتعاقدين. ولذلك يستبعد الأثر الرجعي إذا تبين من هذه الإرادة أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

ـ **فمن حيث الاعتبارات العقلية** نجد أن المشرع أراد باسناد أثر الشرط إلى الماضي حماية حقوق الطرف الذي تحقق الشرط لمصلحته، وهو الدائن في الشرط الواقف أو المدين في الشرط الفاسخ. وعلى ذلك إذا كان الالتزام المعلق التزاماً بنقل ملكية شيء فإن مالكه أثناء فترة التعليق هو المدين، البائع إن كان الالتزام معلقاً على

شرط واقف، أو هو الدائن، المشتري، إذا كان الالتزام معلقاً على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط، ولم يكن له أثر رجعي، لترتب على ذلك أن الملكية لن تنتقل إلى الطرف الآخر إلا منذ ذلك الوقت، فتنفذ في حقه التصرفات التي تمت في أثناء فترة التعليق. وبذلك يتلقى الدائن، المشتري تحت شرط واقف في الالتزام الذي كان معلقاً على شرط واقف، العين محملة بالحقوق التي قررها المدين، البائع، للغير قبل تحقق الشرط. ويتلقى المدين، البائع، في الالتزام الذي كان معلقاً على شرط فاسخ، العين محملة بالحقوق التي قررها الدائن، المشترى تحت شرط فاسخ، للغير أثناء فترة التعليق. ولكي يتفادى المشرع هذه النتيجة جعل للشرط أثراً رجعياً بحيث يصبح المشتري تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكاً للشيء المبيع منذ البداية، أي من الوقت الذي نشأ فيه الالتزام وبذلك يعتبر البائع غير مالك منذ ذلك الوقت وبالتالي تعتبر التصرفات التي صدرت منه أثناء فترة التعليق غير نافذة في حق المشتري لصدورها من غير مالك. وبالمثل يصبح المشتري تحت شرط فاسخ بعد تحقيق الشرط غير مالك للشيء المبيع منذ البداية، أي من الوقت الذي نشأ فيه الالتزام وبذلك يعتبر كأن المبيع لم يخرج أبداً من ملك البائع وبالتالي تعتبر التصرفات التي صدرت من المشتري قبل تحقق الشرط الفاسخ غير نافذة في حق البائع وهو المالك الحقيقي.

٢ ـ الاستثناءات من الأثر الرجعي:

إن قاعدة الأثر الرجعي للشرط تعد من حيث الصياغة القانونية مجازاً أو افتراضاً قانونياً مخالفاً للحقيقة، يجد أساساً له في تفسير إرادة المتعاقدين، وتبريراً له في الاعتبارات العملية. والتسليم بهذه الحقيقة له فائدة عملية من حيث أن يؤدي إلى قصر الأثر الرجعي في الحدود التي أرادها المشرع، فلا يتوسع في نتائجه خارج هذه الحدود. وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نفهم الاستثناءات التي أوردها المشرع على قاعدة الأثر الرجعي للشرط وسنعرض فيما يلي لبعض هذه الاستثناءات:

١ ـ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الأثر الرجعي للشرط، أي الاتفاق على ترتيب أثر الالتزام من وقت تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه (م ٢٧٠/ ١ مدني مصري م ٨١ موجبات وعقود لبناني). وهذا الاستثناء مبرره أن قاعدة الأثر الرجعي ليست إلا تفسير للإرادة.

٢ ـ يستبعد الأثر الرجعي للشرط إذا كانت طبيعة العقد تقتضي أن يكون وجود

الالتزام أو زواله من وقت تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه (م ٢٧٠/ ١ مدني مصري م ٨١ موجبات وعقود لبناني). وذلك هو الحال في العقود الزمنية حيث أن الزمن فيها عنصر جوهري فيستحيل فيها الأثر الرجعي مثال ذلك أن يشترط شرط فاسخ في عقد الإيجار أو عقد التوريد، وتم تنفيذ العقد خلال مدة معينة ثم تحقق الشرط، فلا يكون لهذا الشرط أي أثر رجعي، لأن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه، ويقتصر أثره على إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل.

٣ ـ أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ (م ٢٦٩/ ٢) والعلة من هذا الاستثناء هو عدم تعطيل استغلال العين محل الالتزام أثناء فترة التعليق، لأنها لو خضعت لقاعدة الأثر الرجعي للشرط لأحجم الغير عن التعامل في شأنها مع المالك تحت شرط فاسخ، لاحتمال تحقق الشرط وزوال ملكية الدائن، وما يترتب عليها من أعمال الإدارة بأثر رجعي. ويشترط لاعمال هذا الاستثناء أن تكون أعمال الإدارة قد تمت بحسن نية، بأن يكون الإيجار مثلاً قد عقد لمدة معقولة وبأجرة المثل ووفقاً لشروط مادية مقبولة وهذا الحكم ينصرف أيضاً إلى أعمال الإدارة التي تقع من المدين تحت شرط واقف لتوافر العلة. كما أن حماية الغير حسن النية تقتضي الإبقاء على الحقوق التي اكتسبها هذا الغير استثناء من قاعدة الأثر الرجعي للشرط (م ٩٥، ٩٨ موجبات وعقود لبناني).

٤ ـ لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه (م ٢٧٠ مدني) وهذا الحكم عام ينطبق على الشرط الواقف والشرط الفاسخ. ومقتضى هذا النص أن تبعة الهلاك لا تخضع لقاعدة استناد آثر الشرط وقت نشوء الالتزام.

وعلى ذلك فإذا كان الشرط واقفاً، كما لو بيعت عين معينة تحت شرط واقف، ثم هلكت العين بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الأثر الرجعي للشرط عند تحققه اعتبار أنها كانت على ملك الدائن (المشتري المالك تحت شرط واقف) فتهلك عليه إذا كان قد تسلمها وعلى البائع إن لم يكن قد تسلمها طبقاً للقواعد العامة. ولكن المادة ٢٧٠ مدني قد استبعدت الأثر الرجعي للشرط ولذلك فأن هلاك العين يمنع من نشوء الالتزام لانعدام المحل ولا يكون للعقد أثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك ويجري الأمر كما لو كان الطرفان لم يتعاقدا أصلاً على البيع ويكون هلاك الشيء

على مالكه، وهو البائع، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

أما إذا كان الشرط فاسخاً، وهلكت العين المبيعة بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الأثر الرجعي للشرط عند تحققه اعتبار العقد كأن لم يكن وأن الشيء لم يخرج أصلاً من ملك البائع فيكون الهلاك عليه سواء كان هذا الهلاك قبل التسليم أو بعده، ولكن المادة ٢٧٠ قد استبعدت الأثر الرجعي للشرط، ولذلك فإن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم، فإذا كان المشتري قد تسلم العين المبيعة وهلكت في يده لسبب أجنبي فإن هلاكها يكون على المشتري لا على البائع ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك.

٥ ـ سريان مدة التقادم المسقط من وقت تحقق الشرط الواقف لا من وقت الاتفاق استثناء من قاعدة الأثر الرجعي للشرط (م ٣٨١/ ٢ مدني) والعلة من ذلك أنه لا يتصور أن يسري التقادم في وقت، أي في فترة التعليق، لم يكن يستطيع الدائن فيه أن يطالب المدين بالتنفيذ.

هذه هي طائفة من الاستثناءات التي ترد على قاعدة الأثر الرجعي للشرط، وهناك غيرها، كما في الشفعة والثمار (م ٩٧/ ٢ موجبات وعقود لبناني). وتطهير العقار من الرهن. هذه الاستثناءات تدعونا إلى التساؤل عن الجدوى الحقيقية لقاعدة الأثر الرجعي للشرط. وقد دفعت كثرة هذه الاستثناءات بعض الفقهاء إلى المطالبة بالاستغناء عنها ورد النتائج التي تبني عليها إلى قواعد أخرى تصلح أساساً لها دون اللجوء إلى الافتراض[1].

المبحث الثاني

الأجل

لدراسة الأجل يجب أن نقف أولاً على التعريف به وأنواعه، ثم نعرض بعد ذلك للآثار التي تترتب عليه، وأخيراً نتعرف على أسباب انقضاء الأجل وسقوطه.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ٣٠٦.

المطلب الأول

التعريف بالأجل وأنواعه

ويقتضي التعريف بالأجل أن نقف على ماهية الأجل وبيان خصائصه ثم نعرض بعد ذلك لأنواع الأجل.

أولاً ـ ماهية الأجل وخصائصه:

قد عرفت المادة ١/٢٧١ مدني الأجل بنصها على أن «يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع».

«ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه».

وتنص المادة ١٠٠ موجبات وعقود لبناني على «إن الموجبات يمكن تقييدها بأجل. والأجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يقف استحقاق الموجب أو سقوطه، ولا يكون له مفعول رجعي».

«وإذا كان الوقت الذي سيقع فيه ذاك العارض معروفاً من قبل، كان الموجب ذا أجل أكيد وإلا كان ذا أجل غير أكيد»، ومن هذا التعريف نستطيع أن نتبين خصائص الأجل.

١ ـ ماهية الأجل: الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي[1] وكما هو واضح من هذا التعريف أن الأجل اما أن يكون واقفاً يترتب عليه إرجاء نفاذ الالتزام، وإما أن يكون فاسخاً فيؤدي إلى انقضاء الالتزام. والأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً للالتزام بالمعنى الفني الدقيق لأنه لا يعدل من آثار الالتزام، إذ يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ فور نشوئه فالأجل الفاسخ هو الذي يحدد النطاق الزمني للالتزام.

٢ ـ خصائص الأجل: سواء كان واقفاً أو فاسخاً، يتسم بعدة خصائص فهو أمر

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢ ص ٢١٠.

مستقبل، وأمر محقق الوقوع.

١ ـ الأجل أمر مستقبل، فالأجل عادة ما يكون تاريخاً معيناً يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه على النحو السابق بيانه.

٢ ـ الأجل أمر محقق الوقوع: وهذا هو الفارق الجوهري بينه وبين الشرط ولذلك نجد أن الالتزام المضاف إلى أجل مصيره معروف فإذا كان الأجل واقفاً كان من المحقق أن الالتزام سيصير نافذاً، وإن كان الأجل فاسخاً كان من المحقق أن الالتزام سينقضي. أما الالتزام المعلق على شرط فإن مصيره مجهول، فإن كان وقفاً فلا يدري أيتحقق فيوجد الالتزام أم يتخلف فيمتنع وجوده، وإن كان فاسخاً فلا يدري أيتحقق فيزول الالتزام أم يتخلف فيتأيد الالتزام نهائياً.

لكن إذا كان الأجل أمر محقق الوقوع إلا أن هذا لا يقتضي التيقن من تاريخ الوقوع، فميعاد حلول الأجل قد يكون محدد التاريخ، وقد يكون غير معروف التاريخ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع (م ١٠٠/٢ موجبات وعقود لبناني). وقد نصت المادة ٢٧١/٢ على أنه «يعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه» وعلى ذلك فإن الموت يعتبر أجلاً رغم انتفاء التيقن من حينه لأن وقوعه أمر محتم لا شبهة فيه. فعدم التيقن ينصب هنا على تاريخ وقوع الأمر لا على الأمر ذاته. أما إذا كان عدم التيقن ينصب على الأمر ذاته لا على تاريخ وقوع فإنه يعتبر شرطاً لا أجلاً.

ثانياً: أنواع الأجل

يقسم الأجل من حيث مصدره إلى أنواع ثلاثة: اتفاقي، وقانوني، وقضائي.

١ ـ **الأجل الاتفاقي**: مصدره إرادة المتعاقدين. وقد يكون هذا الأجل صريحاً أو ضمنياً. والأجل الصريح هو الذي يتفق عليه صراحة. أما الأجل الضمني فهو أجل يستخلص من ظروف التعاقد أو من طبيعة الالتزام. ومثاله الالتزام بتوريد أغذية للمدارس، فهو التزام مضاف إلى أجل واقف وهو موعد بدء الدراسة وإلى أجل فاسخ هو موعد انتهائها. وكذلك ولو كان الالتزام التزاماً بعمل يقتضي إتمامه مدة من الزمان، كالتزام المقاول والتزام الناقل يعتبر كليهما مضافاً إلى أجل واقف، ولو لم

يحدده المتعاقدان صراحة، يتمثل في المدة اللازمة لإتمام بناء المنزل أو نقل البضاعة. والقاضي هو الذي يحدد مدة الأجل في مثل هذه الحالات، مسترشداً في ذلك بطبيعة الالتزام وكيفية تنفيذه، ومكان التنفيذ وعرف الجهة.

٢ ـ **الأجل القانوني**: هو الأجل الذي يكون مصدره القانـون ومن أمثلة الأجل القانوني الواقف الوصية إذ هي مضافة إلى أجل واقف هو موت الموصي. ومن أمثلة الأجل القانوني الفاسخ انقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع (م ١/٩٣٣) أو انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء (م ٥٢٨ مدني). ومن ذلك أيضاً ما يقرره القانون في أوقات الأزمات الاقتصادية من تأجيل لبعض الديون ويسمى هذا التأجيل Moratorium

٣ ـ **الأجل القضائي**: وهو الأجل الذي يكون مصدره القضاء وهو ما يسمى عادة بنظرة الميسرة أو مهلة الوفاء La délai de grâce وهذا الأجل القضائي هو أجل واقف يمنحه القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م ٢/٣٤٦). وتتميز نظرة الميسرة بأنها أضعف أثراً من الأجل الاتفاقي، فهي لا تمنع من وقوع المقاصة أو من التمسك بالحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ.

في القانوني اللبناني تنص المادة ١٠٦ موجبات وعقود على أن «الأجل المؤجل إما قانوني وإما ممنوح».

«فالقانوني هو المثبت في عقد إنشاء الموجب أو في عقد لاحق له أو المستمد من القانون».

«والأجل الممنوح هو الذي يمنحه القاضي».

وتنص المادة م ١٠٧ موجبات وعقود على أن «الأجل القانوني صريح أو ضمني. فهو صريح إذا كان مشترطاً بصراحة، وضمني إذا كان مستنتجاً من ماهية الموجب». وعلى ضوء ذلك نجد أن المشرع اللبناني يقابل بين نوعين فقط من الأجل، الأجل القانوني ويشمل الأجل الاتفاقي والأجل القانوني ويطلق عليه مصطلح «الأجل المستحق قانوناً» والأجل القضائي ويطلق عليه مصطلح «الأجل المتفضل» أو الأجل الممنوح.

المطلب الثاني

آثار الأجل

فقد سبق أن رأينا أن الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً بالمعنى الفني الدقيق حيث أنه لا يعدل من آثار الالتزام.

يجب التفرقة في هذا الصدد بين الأجل الواقف والأجل الفاسخ،

أولاً ـ أثر الأجل الواقف:

القاعدة أنه «إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف فانه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو اعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول» (م ٢٧٤/ ١ مدني).

وتنص المادة ١٠٨ موجبات وعقود لبناني على «إن الأجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الإيفاء، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن ما دام الأجل لم يحل. أما إذا كان الموجب قد نفذ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب».

وتنص المادة ١١١ موجبات وعقود على «أن الدائن إلى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق، أن يتوسل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعمد إلى الحجز الاحتياطي حين يجد من الأسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة المديون أو من إفلاسه أو من هربه».

وعلى ضوء ذلك نجد أن الأجل الواقف يترتب عليه إرجاء نفاذ الالتزام إلى أن يحل الأجل المحدد. ولكن من ناحية أخرى فإن الأجل لا يؤثر على وجود الالتزام لأنه أمر مستقبل محقق الوقوع. ولذلك فإن هناك آثار تترتب على وجود الالتزام، وآثار أخرى تترتب على عدم نفاذه.

١ ـ الآثار التي تترتب على وجود الالتزام قبل حلول الأجل:

الالتزام المضاف على أجل واقف التزام موجود. ويترتب على وجود الالتزام عدة نتائج نجملها فيما يلي:

أ ـ للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه ـ كقيد الرهن

المقرر لضمان حقه، وتجديد هذا القيد، والتدخل في إجراءات القسمة التي يكون المدين طرفاً فيها، وله أن يطلب وضع الأختام، كما له التدخل في الدعاوي المرفوعة من المدين أو عليه ليحول دون وقوع غش أو تواطؤ للأضرار بحقه.

ب ـ للدائن أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس مدينه أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول (م ٢٧٤/ ١ مدني مصري م ١١١ موجبات وعقود لبناني). فإذا لم يقدم التأمين المطلوب، كان للدائن أن يطالب بسقوط الأجل قياساً على حكم المادة ٢٧٣/ ٢ مدني مصري وم ١١٣ موجبات وعقود لبناني). التي تقضي بسقوط الأجل إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات.

جـ ـ للدائن أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية للمحافظة على ضمانه العام، أما الدعوى البوليصية فلا يستطيع الدائن الالتجاء إليها لأن حقه غير مستحق الأداء.

٢ ـ الآثار التي تترتب على عدم نفاذ حق الدائن قبل حلول الأجل:

إذا كان الالتزام المضاف إلى أجل واقف التزام موجود ولكن غير نافذ. ويترتب عدم نفاذ الالتزام عدة نتائج نجملها فيما يلي:

أ ـ لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على وفاء الالتزام المؤجل قبل حلول الأجل. فالالتزام المؤجل التزام غير مستحق الأداء لا يقبل التنفيذ الجبري. وإذا رفع الدائن دعوى ضد المدين ليطالبه بالوفاء قبل حلول الأجل كان لمدين أن يدفع بعدم قبولها. كما لا يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بالوفاء ولو أعلن أنه لن يقوم بتنفيذ الحكم إلا بعد حلول الأجل.

ب ـ لا يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين حقه المؤجل وبين ما قد ينشأ في ذمته من دين لمدينه، فالمقاصة القانونية نوع من الوفاء القهري فلا تقع إلا بين دينين مستحقي الأداء (م ٣٦٢/ ١ مدني).

جـ ـ لا يسري التقادم المسقط إلا من وقت حلول الأجل لأنه قبل حلول الأجل لم يكن للدائن أن يطالب بحقه (م ٣٨١/ ٢ مدني مصري، م ١٠٨ موجبات وعقود لبناني).

د ـ إذا وفى المدين مع علمه بقيام الأجل اعتبر هذا منه نزولاً عن الأجل. لكن

إذا كان المدين يجهل قيام الأجل فله الرجوع على الدائن بدعوى غير المستحق ليسترد ما أداه (م ١٨٣/١ مدني مصري). ولما كان الأجل أمر محقق الوقوع، فإذا استرد المدين ما دفعه فمن المحقق أنه سيكون مجبراً على أدائه ثانية عند حلول الأجل، ولذلك أجاز المشرع للدائن، بدلاً من أن يرد الدين ثم يستوفيه ثانية عند استحقاقه، أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر (م ١٨٣/٢) وفي هذا ما يحقق مصلحة الدائن من إتقاء إعسار مدينه دون الأضرار بهذا الأخير. فمثلاً إذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله مبلغاً من النقود، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل.

في القانون اللبناني لا يستطيع المدين الرجوع على الدائن بشيء لأن الغلط لا أثر له في الوفاء الذي تم من المدين قبل حلول الأجل م ١٠٨ موجبات وعقود لبناني حيث تنص على أنه «. . . إذا كان الموجب قد نفذ فلا وجه لاسترداد ما لم يجب».

- **حلول الأجل**: يترتب على حلول الأجل أن يصبح الالتزام منجزاً فيصير حق الدائن مستحق الأداء وترتبت عليه كافة آثار الالتزام لكن دون أن تكون لحلول الأجل أثر رجعي، فلا يعتبر الالتزام نافذاً من وقت الاتفاق بل من وقت انتهاء الأجل فحسب. وتطبيقاً لذلك يكون للمدين أن يدفع بعدم قبول دعوى الدائن إذا كان قد رفعها مطالباً بالوفاء قبل حلول الأجل ولو انتهى الأجل أثناء نظر الدعوى. ومما تجدر الإشارة إليه أن مجرد انتهاء الأجل لا يكفي لاعتبار المدين متأخراً إذا لم يقم بتنفيذ التزامه، بل لا بد من أعذاره ما لم يوجد نص أو إتفاق على خلاف ذلك[1]. وبحلول الأجل يصبح حق الدائن مستحق الأداء وبالتالي يستطيع استعمال الدعوى البوليصية واتخاذ إجراءات التنفيذ لاستيفاء حقه، ويسري التقادم المسقط، ويمكن أن تقع المقاصة بين حق الدائن وبين ما قد ينشأ في ذمته من دين لمدينه إذا توافرت شروط المقاصة الأخرى.

ثانياً: أثر الأجل الفاسخ:

يقتصر أثر الأجل الفاسخ على مجرد وضع حد زمني ينتهي به الالتزام. وعلى

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٧ ص ٢٨٥، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٥ ص ٢١٤، ٢١٥.

ذلك فالالتزام قبل انتهاء الأجل الفاسخ التزام موجود ونافذ، أي أن للدائن حقاً مستحق الأداء، ويترتب عليه كافة آثار الالتزام المنجز كل ما هنالك إذا انتهى الأجل يالفاسخ انقضى الالتزام بالنسبة للمستقبل فقط دون أن يكون له أثر رجعي (م ٢٧٤/ ٢ مدني). فعقد الإيجار ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له. وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة ينتهي بوفاة الدائن. وانتهاء العقد يكون بالنسبة للمستقبل دون أن يكون له أثر رجعي. لكن الأجر والمرتبات التي استحقت عن المدة السابقة على انقضاء الأجل ولم يتم الوفاء بها تظل ديناً يلتزم به المستأجر والمدين.

ولذلك نجد أن الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً للالتزام بالمعنى الفني الدقيق وإنما هو أجل لانقضاء الالتزام بتمام تنفيذه[1]. ولذلك فقد يكون أكثر دقة في التعبير أن يستبدل باصطلاح «الأجل الفاسخ» اصطلاح «الأجل المنهي» إذ أن الفسخ قد يثير في الذهن معنى الأثر الرجعي في حين أن الأجل مجرد من هذا الأثر[2].

المطلب الثالث

انقضاء وسقوط الأجل

في هذا الصدد سنعرض لطرق انقضاء الأجل، ثم ندرس بعد ذلك أسباب سقوط الأجل.

أولاً ـ طرق انقضاء الأجل

إن حلول الأجل هو الطريق الطبيعي لانقضائه، سواء كان الأجل واقفاً أو فاسخاً. لكن قد ينتهي الأجل قبل حلوله بالتنازل عنه ممن قرر الأجل لمصلحته.

١ ـ **حلول الأجل**: يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر، الوفاة مثلاً، أو انقضى الميعاد المضروب.

في القانون اللبناني، على خلاف القانون المصري، تعرض المشرع لبيان أحكام بدء سريان الأجل وانقضائه بنوع من التفصيل.

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٩١ ص ٢١٦.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٨ ص ٢٨٥، ٢٨٦.

فتنص المادة ١٠٢ موجبات وعقود على «أن مهلة الأجل تبتدىء من تاريخ العقد إذا لم يعين الفريقان أو القانون تاريخاً آخر. أما في الموجبات الناشئة عن جرم أو شبه جرم فتبتدىء مهلة الأجل من تاريخ الحكم الذي يعين التعويض الواجب على المديون».

وتنص المادة ١٠٣ موجبات وعقود على «أن اليوم الذي يكون مبدأ مدة الأجل لا يحسب».

وتنص المادة ١٠٤ موجبات وعقود على أنه «إذا كان محسوباً بالأسابيع أو بالأشهر أو بالأعوام فيكون الاستحقاق في اليوم المقابل بتسميته أو بترتيبه من الأسبوع أو الشهر أو العام، لليوم الذي أبرم فيه العقد».

وتنص المادة ١٠٥ موجبات وعقود على أنه «إذا كان الاستحقاق واقعاً في يوم عطلة قانونية أرجىء إلى اليوم التالي الذي لا عطلة فيه».

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يتضمن أحكاماً مماثلة في المادة ٣٩٤ منه ولكن لجنة المراجعة ارتأت حذفها لأنها تعتبر أحكاماً تفصيلية لا ضرورة لها ويمكن الرجوع فيه إلى القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٤ في الهامش).

٢ ـ النزول عن الأجل: ينقضي الأجل بالنزول عنه من جانب ممن تقرر هذا الأجل لمصلحته، ويقع. ذلك بإرادته المنفردة. لكن إذا كان الأجل قد تقرر لمصلحة المتعاقدين معاً، فانه يمتنع على أيهما أن يستقل بالتنازل عنه، بل يتعين عليه الاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر.

ومن هنا تظهر أهمية تحديد الطرف الذي تقرر الأجل لمصلحته، لأنه إذا كان الأجل مقرراً لمصلحة المدين فيجوز له النزول عنه والوفاء بالدين قبل حلوله، على حين يمتنع على الدائن المطالبة بالدين قبل هذا الوقت. وإذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الدائن، فله المطالبة بالوفاء قبل حلوله، على حين لا يجوز للمدين أن يتمسك بميعاد الوفاء.

والأصل في الأجل أنه مقرر لمصلحة المدين إلا إذا تبين من الاتفاق أو نص القانون أنه تقرر لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً. وتطبيقاً لذلك نجد أن

الأجل مقرر لمصلحة المدين في القرض بدون فائدة، ولذلك يجوز له رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل. وفي الوديعة الأجل مقرر لمصلحة الدائن، وهو المودع، ولذلك يكون له التنازل عنه ومطالبة المودع عنده برد الوديعة قبل إنقضاء الأجل المتفق عليه. أما في القرض بفائدة فإن الأجل يعتبر مقرراً لمصلحة الدائن والمدين معاً، لأن من مصلحة الدائن بقاء الأجل قائماً ليحصل على ما يغله مبلغ القرض من فائدة، ومن مصلحة المدين بقاء الأجل للانتفاع بمبلغ القرض طوال مدته. ولذلك فإن الأصل أنه لا يستقل أي من الطرفين بالتنازل عن الأجل. لكن المشرع، تمشياً مع سياسة محاربة الربا أجاز للمقترض بعد انقضاء ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان فحسب، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على اسقاط حق المقترض في الرد أو الحد منه (م ٥٤٤ مدني).

في القانون اللبناني تعرض المشرع ببيان القواعد التي تحدد الطرق الذي وضع الأجل لمصلحته. فنصت المادة ١٠٩ موجبات وعقود على «أن الأجل المؤجل موضوع لمصلحة المديون إلا إذا استنتج العكس من الأحوال أو من نص في العقد أو ماهيته أو من القانون».

وتنص المادة ١١٠ موجبات وعقود على أنه «إذا كان الأجل موضوعاً لمصلحة الدائن أو لمصلحة الفريقين المشتركة فهو يمنع المديون من التنفيذ الاختياري للموجب».

وأخيراً تنص المادة ١١٢ موجبات وعقود على «أن الفريق الذي يستفيد وحده من الأجل يمكن أن يتنازل عنه بمجرد مشيئته».

ثانياً ـ أسباب سقوط الأجل:

تنص المادة ٢٧٣ مدني مصري على أن «يسقط حق المدين في الأجل:

(١) إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون.

(٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان

هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أنه يطالب تكملة التأمين، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً.

(٣) إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات».

وتنص المادة ١١٣ موجبات وعقود لبناني على «أن المديون الذي يستفيد من الأجل يسقط حقه في الاستفادة منه:

١ ـ إذا أفلس أو أصبح غير مليء.

٢ ـ إذا أتى فعلاً ينقص التأمينات الخاصة المعطاة للدائن بمقتضى عقد إنشاء الموجب أو عقد لاحق أو بمقتضى القانون. أما إذا كان النقص في تلك التأمينات ناجماً عن سبب لم يكن المديون فيه مختاراً حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين. فإذا لم ينلها حق له أن يطلب تنفيذ الموجب حالاً».

٣ ـ إذا لم يقدم المديون الدائن التأمينات التي وعد بها في العقد».

على ضوء ذلك يتضح أن هناك ثلاثة أسباب لسقوط حق المدين في الأجل:

١ ـ شهر الإفلاس أو الإعسار: وعلة سقوط الأجل في هذه الحالة هي أن الدائن لم يمنح المدين أجلاً للوفاء إلا لثقته في يساره، فإذا أشهر إفلاسه أو إعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلاً لهذه الثقة. كما أن اسقاط آجال الديون في هذه الحالة تقتضيه ضرورة تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الحكم بشهر الإعسار لا يترتب عليه حتماً سقوط آجال الديون إذا قد تقضي المحكمة بالإبقاء عليها بناء على طلب المدين. كما أن سقوط الأجل بسبب شهر الإفلاس أو الإعسار لا يتعدى أثره إلى المدين المتضامن مع المفلس أو المعسر، أو إلى كفلائه، فلا يلتزم هؤلاء بالوفاء إلا عند حلول الأجل. في القانون اللبناني لم ينظم المشرع إعسار المدين غير التاجر، ولذلك يكتفي بالإعسار الفعلي، أو عدم الملاءة، لسقوط الأجل.

٢ ـ إضعاف التأمينات الخاصة: فيسقط حق المدين في الأجل إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان

إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً (م ٢٧٣/ ٢ مدني) ويتضح من ذلك أن يشترط لسقوط الأجل في هذه الحالة توافر شروط معينة وهي:

أولاً ـ أن يكون الإضعاف متعلقاً بتأمين خاص ويستوي أن يكون مصدر هذا الضمان الخاص الاتفاق أو القضاء أو القانون. ويستوي أن يكون الضمان الخاص قد رتب بعقد معاصر أو لاحق لنشوء الدين أو بنص القانون. وعلى ذلك لا يسقط الأجل لمجرد أضعاف الضمان العام كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له أو أهمل في المحافظة عليها حتى هلكت. كذلك لا يسقط الأجل بسبب إضعاف حقوق الامتياز العامة.

ثانياً ـ أن يكون إضعاف التأمين الخاص راجعاً إلى فعل المدين. ويستوي أن يكون فعلاً عمدياً أو مجرد إهمال ويترتب على ذلك أن يكون للدائن استيفاء الدين فوراً نظراً لسقوط الأجل ومع ذلك أجاز القانون للدائن أن يطالب المدين بتأمين إضافي يكمل به التأمين الأصلي مع بقاء الأجل.

أما إذا كان إضعاف الضمان الخاص راجعاً إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، كما لو انهدم العقار المرهون بفعل قوة قاهرة أو أفلس الكفيل، فإن الأجل يسقط كذلك. غير أن المدين في هذه الحالة يستطيع أن يتوقى هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضماناً كافياً، أي أن الخيار في هذا الفرض للمدين، على حين أنه للدائن في الفرض السابق. في القانون اللبناني أعطى المشرع الخيار للدائن بطلب زيادة التأمين، ولم يعطه له في الفرض الأول ولكن المنطق يقتضي منحه له حتى لا نجعل الأمر كله بيد المدين يسيره حسب مصلحته.

ثالثاً ـ أن يكون إضعاف التأمين الخاص جسيماً أي إلى «حد كبير» ويقصد بذلك أن يقل التأمين عن قيمة الدين بحيث لا يعطي للدائن ضماناً كافياً للحصول على كامل حقه. هذا الشرط لم يرد صراحة في نص المادة ١١٣ موجبات وعقود لبناني ولكن استقرار المعاملات يقتضي الأخذ به ولو بدون نص.

٣ ـ تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات: إذا وعد المدين في العقد المنشيء للالتزام بتقديم تأمين خاص للدائن، كرهن أو كفالة، ثم تخلف عن تنفيذ ما

وعد به، كان هذا سبباً لسقوط الأجل وحلول الدين. والعلة في ذلك واضحة، حيث أن الدائن لم يرض بمنح المدين أجلاً إلا اعتماداً على التأمينات الخاصة التي وعد بها المدين.

ـ **سقوط الأجل بسبب وفاة المدين في القانون اللبناني** تنص المادة ١١٤ موجبات وعقود لبناني على «أن وفاة المديون تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الأجل مستحقة الإيفاء ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية».

مقتضى هذا النص أن الديون العادية والديون المضمونة بتأمينات غير عينية (تأمينات شخصية) تسقط بوفاة المدين. لكنه لا يحق للدائن أنه يطالب الكفيل قبل حلول الأجل المتفق عليه (م ١٠٧١/٣ موجبات وعقود). وقد طبق المشرع الحكم الوارد في المادة ١١٤ موجبات وعقود في حالة وفاة الكفيل في المادة ١٠٧١/١ موجبات وعقود. في القانون المصري الأصل أنه لا أثر لوفاة المدين على الأجل المتفق عليه ولكن يبقى الدين مؤجلاً في تركه المدين. ومع ذلك أورد المشرع المصري أحكاماً خاصة بالنسبة للتركات الخاضعة لنظام التصفية (م ٨٩٥ مدني مصري وما بعدها).

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

لا يترتب على تعدد محل الالتزام تعديل آثار الالتزام في جميع الأحوال فقد يكون الالتزام متعدد المحل Obligation Conjonctive وهو الذي يكون محله مشتملاً على عدة أشياء يجب على المدين أداؤها جميعاً، حتى تبرأ ذمته. مثال ذلك أن يلتزم المتقايض بتقديم دار ومبلغ من النقود. وحكم هذا الالتزام هو حكم الالتزام البسيط ذي المحل الواحد، فلا تبرأ ذمة المدين إلا بأداء جميع الأشياء المعتبرة محلاً للالتزام. ولا يوجد هنا أي تعديل لآثار الالتزام.

لكن هناك حالات أخرى يترتب على تعدد محل الالتزام تعديل في آثار الالتزام من ذلك حالة الالتزام التخييري، وحالة الالتزام البدلي. ولنر تفصيلاً حكم هذه الالتزامات.

المبحث الأول: الالتزام التخييري

ولدراسة الالتزام التخييري يجب أولاً معرفة متى يعتبر الالتزام تخييرياً ثم نعرض بعد ذلك لحكم الالتزام التخييري.

أولاً ـ متى يعتبر الالتزام تخييرياً:

يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها (م ٢٧٥ مدني مصري م ٥٦ موجبات وعقود لبناني).

وعلى ضوء ذلك يشترط لإلحاق وصف التخيير بالالتزام ما يلي:

١ ـ أن يرد الالتزام على عدة أداءات على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار.

٢ ـ أن تكون هذه الأداءات مستوفية للشروط القانونية للمحل، وعلى ذلك فإذا التزم المدين بأحد أمرين، أحدهما غير مشروع، فلا يكون الالتزام تخييرياً. بل هو في الحقيقة التزام بسيط غير موصوف (م ٦١ موجبات وعقود لبناني)، ويقتصر محله على الأداء الذي توافرت فيه صلاحية الالتزام دون غيره[١].

٣ ـ أن المدين لا يلزم عند الوفاء إلا بأداء أحد هذه المحال المتعددة فقط.

ثانياً: حكم الالتزام التخييري

١ ـ لمن يثبت حق الخيار: الأصل أن يكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن (م ٢٧٥ مدني مصري، م ٥٦ موجبات وعقود لبناني). وإذا امتنع من له الخيار عن استعماله، اختلف الحكم بحسب ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن:

(١) فإذا كان الخيار للمدين ثم امتنع عن الاختيار أو إذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي نفسه تعيين محل الالتزام (م ٢٧٦/ ١ مدني مصري، م ٦٤ موجبات وعقود لبناني).

(٢) أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي أجلاً بناء على طلب المدين، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يتم الاختيار من جانب المدين أو الاتفاق بين الدائنين، انتقل الخيار إلى المدين نفسه (م ٢٧٦/ ٢ مدني مصري م ٦٠ موجبات وعقود لبناني) لا إلى القاضي، وذلك على خلاف الحالة السابقة.

٢ ـ كيفية استعمال الخيار وأثره: يعتبر الخيار قد تم طبقاً للقواعد العامة، إذا أخطر صاحب الحق فيه الطرف الآخر بما استقر عليه رأيه، أو متى قام المدين بالوفاء بشيء مما يرد التخيير عليه، إن كان الخيار له، أو متى طلب الدائن بشيء من الأشياء التي يشتمل عليها محل الالتزام، إن كان الخيار له ومتى تم الاختيار امتنع العدول عنه بغير رضاء الطرف الآخر[٢].

---

(١) المذكرة الإيضاحية، في الأعمال التحضيرية، جـ ٣ ص ٣٨.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧، ص ٢٢٢، ٢٢٣.

وباستعمال حق الخيار، يتحدد محل الالتزام في الشيء الذي وقع عليه الخيار وينقلب الالتزام التخييري إلى التزام بسيط محله شيء واحد هو الشيء الذي وقع عليه الخيار.

ولاستعمال حق الخيار أثر رجعي، بمعنى أنه يعتبر أن الالتزام منذ نشوئه قد انحصر في محل واحد[1] ويترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام بنقل ملكية أحد شيئين، ثم وقع الخيار على أحدهما فإن الدائن يصبح مالكاً لهذا الشيء لا من وقت الخيار بل من وقت العقد إن كان الشيء منقولاً معنياً بالذات[2].

٣ ـ حكم هلاك أو استحالة أحد الأداءات أو جميعها قبل استعمال الخيار:

إذا استحال تنفيذ أحد الأداءات بسبب أجنبي قبل استعمال حق الخيار، فإن الالتزام لا ينقضي بل يتحدد محله في الشيء الآخر. أما إذا شملت استحالة التنفيذ جميع الأداءات التي يرد عليها التخيير فإن الالتزام ينقضي طبقاً للقواعد العامة.

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ أحد المتعاقدين فيفرق بين ما إذا الخيار للمدين أم للدائن:

١ ـ فإذا كان الخيار للمدين وكانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطئه فإنه يجب التفرقة بين فرضين:

ـ **الفرض الأول**: إذا كانت الاستحالة قد تناولت أحد الشيئين تحدد محل الالتزام في الآخر وأصبح التزاماً بسيطاً (م ٦١ موجبات وعقود لبناني).

ـ **الفرض الثاني**: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا المحلين فإن المدين يكون مسؤولاً عن قيمة آخر شيء استحال تنفيذه (م ٢٧٧ مدني مصري) في القانون اللبناني كان للدائن مطالبة المدين بثمن ما يختاره من هذين الشيئين (م ٦٣ موجبات وعقود).

٢ ـ أما إذا كان الخيار للدائن وكانت الاستحالة راجعة إلى خطئه فإنه يجب التفرقة طبقاً للقواعد العامة، بين فرضين:

ـ الفرض الأول: إذا كانت الاستحالة قد اقتصرت على أحد محلي التخيير تبرأ

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٣ فقرة ٩٧ ص ١٦٣، إسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٥٤، ص ٣٠٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٤٧، ص ٢٢٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ٢٤٠ ص ٢٦٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٤ ص ٣٠٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧ ص ٢٢٣.

ذمة المدين من التزامه إلا إذا رأى الدائن استيفاء ما بقي الوفاء به ممكناً، على أن يؤدي للمدين قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه.

ـ **الفرض الثاني**: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا الشيئين برأت ذمة المدين وتعين على الدائن أن يعوضه عن قيمة أحد الشيئين وفقاً لما يختاره، أي الدائن، لأن الخيار كان له.

٣ ـ إذا كان الخيار للدائن وكانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فإنه يجب التفرقة بين فرضين:

ـ **الفرض الأول**: إذا كانت الاستحالة قد اقتصرت على أحد الشيئين فإن للدائن أن يطالب بقيمة الشيء الهالك، أو أن يطالب بما لم يهلك.

ـ **الفرض الثاني**: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا الشيئين معاً فيكون للدائن أن يطالب بقيمة ما يقع عليه اختياره، لأن الخيار كان له.

المبحث الثاني: الالتزام البدلي

ونكتفي هنا بتحديد متى يعتبر الالتزام بدلياً، ثم نعقد مقارنة بينه وبين الالتزام التخييري.

أولاً: متى يعتبر الالتزام بدلياً

يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر (م ٢٧٨ مدني مصري، م ٦٨ موجبات وعقود لبناني).

ويتضح من ذلك أنه يشترط لإلحاق وصف البدل بالالتزام ما يلي:

١ ـ أن يكون للالتزام محل واحد هو المحل الأصلي.

٢ ـ أن يقوم مقام هذا المحل الأصلي شيء آخر هو البديل تبرأ ذمة المدين إذا أدى هذا البديل. مثال ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود، يتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض، أن يعطيه بدلاً منه داراً أو أرضاً معينة[1].

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ الفقرة ١٠٤ ص ١٧٨.

يجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام، وإلا كان الالتزام باطلاً. أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل، وإلا سقط وبقي الالتزام بمحله الأصلي قائماً، ولكن يصبح التزاماً بسيطاً ذا محل واحد دون بديل[1].

ثانياً: مقارنة بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري

يتضح مما سبق أن أهم ما يميز الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري هو أن محل الالتزام البدلي هو الشيء الأصيل وحده مع إعطاء المدين الحق في الوفاء ببديل عنه، في حين أن المحل في الالتزام التخييري هو عدة أشياء وإن كان الوفاء لا يتم إلا بواحد منها وفقاً لما يختاره صاحب الخيار. ويترتب على هذا الفارق الجوهري بين الالتزامين عدة نتائج:

١ ـ تتحدد طبيعة الالتزام البدلي من بادىء الأمر وفقاً لطبيعة الشيء الأصلي وحده دون نظر إلى البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه. فإذا كان الشيء الأصلي عقاراً كان الالتزام عقارياً ولو كان البدل منقولاً، والعكس صحيح. وكذلك الحال فيما يتعلق بتقدير قيمة الالتزام. ولهذا أهميته من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع. أما إذا كان الالتزام تخييرياً فلا يمكن تحديد طبيعة الالتزام أو تقدير قيمته، إذا اختلف الشيئان في الطبيعة أو القيمة، إلا عند استعمال صاحب الخيار حقه في الاختيار.

٢ ـ ينقضي الالتزام البدلي إذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلي مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وتبرأ ذمة المدين، ولو كان من الممكن الوفاء بالبدل. أما إذا كان الالتزام تخييرياً واستحال أحد الشيئين فلا تبرأ ذمة المدين بل يجب عليه أن يؤدي إلى الدائن الشيء الآخر.

٣ ـ في الالتزام البدلي ليس للدائن إلا أن يطالب بالشيء الأصلي فقط ويكون للمدين قبل الحكم أو بعده أن يعرض على الدائن البدل دون الشيء الأصلي. أما إذا كان الالتزام تخييرياً، فعلى الدائن أن يطالب بالشيئين حتى يترك الخيار للمدين، إلا إذا كان هو صاحب الخيار فيستطيع أن يقصر المطالبة على ما يقع عليه اختياره.

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص ١٧٩. وانظر في تطبيقات الإلتزام البدلي الذي مصدره القانون، م ٣/١٢٩ مدني مصري، م ٤٤٢ مدني مصري، م ١٤٦٩ مدني مصري، م ٢/٨٤٥ مدني مصري، م ١/١١١٩ مدني مصري.

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

١ ـ القاعدة ـ انقسام الالتزام بقدر عدد الدائنين أو المدينين:

الأصل في الالتزام هو أن يكون التزاماً بسيطاً فيه مدين واحد ودائن واحد. لكن قد يتعدد المدينون أو الدائنون. والقاعدة في هذا الصدد هي أن ينقسم الالتزام بينهم، أي أن تتعدد الالتزامات بقدر عددهم، ولو كانت هذه الالتزامات جميعاً قد نشأت من مصدر واحد (م ٩ موجبات وعقود لبناني). وعلى ذلك فإن تعدد طرفي الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئاً، لأنه ليس لكل دائن في حالة تعدد الدائنين، أن يطالب بأكثر من حصته في الدين، ولا يلزم كل مدين، في حالة تعدد المدينين، إلا بقدر نصيبه في الدين.

وتعدد الأطراف أما أن يوجد ابتداء، وإما أن يطرأ فيما بعد، أي بعد أن نشأ الالتزام في أول الأمر بين دائن واحد ومدين واحد.

ومثال تعدد طرفي الالتزام ابتداء أن يبيع ملاك على الشيوع العين الشائعة بينهم فيكون كل منهم دائناً للمشتري بالثمن بقدر نصيبه في العين المبيعة. فعقد البيع في هذه الحالة قد أنشأ في ذمة المشتري التزامات متعددة بقدر عدد الدائنين بالثمن، وكل من هذه الالتزامات مستقل عن الآخر مما قد ينتهي به إلى مصير يختلف عن مصير غيره بالرغم من وحدة المصدر. ويتعدد المدينون إذا اشترى عدة أشخاص عيناً على الشيوع فيما بينهم، فيكون كل منهم مدين بالثمن للبائع بقدر نصيبه في العين المشتراة، ولا يستطيع البائع أن يطالب أي منهم إلا بقدر تلك الحصة، وبذلك قد ترتب على تعدد المدينين تعدد الالتزامات.

وقد يكون هذا التعدد طارئاً بعد أن نشأ الالتزام موحداً في أول الأمر، ويتحقق ذلك إذا توفي الدائن عن عدة ورثة، فينقسم الحق بينهم إلى عدة حقوق، فلا يجوز لأي منهم أن يطالب المدين بما يزيد عن حصته إلا بوصفه نائباً عن الباقين. فقد تعددت التزامات المدين بتعدد دائنيه.

٢ ـ الاستثناء ـ وحدة الدين نتيجة التضامن أو عدم القابلية للانقسام:

يترتب على إلحاق الالتزام بوصف التضامن أو عدم القابلية للانقسام أن يحول ذلك الوصف دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو الالتزام في حالة تعدد المدينين.

وللأهمية العملية للتضامن كوسيلة من وسائل الضمان الشخصي وكذلك عدم القابلية للانقسام. ونظراً لما يترتب على إلحاقهما بالتزام من تعديل في آثار هذا الالتزام، فإنه يجب أن نعرض بشيء من التفصيل لأحكام كل منهما.

المبحث الأول: التضامن

التضامن الإيجابي والتضامن السلبي:

التضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو الالتزام في حالة تعدد المدينين، وهو على هذا النحو قد يكون تضامناً إيجابياً Solidarité active أو تضامناً سلبياً Solidarité Passive.

وفي كل من التضامن الإيجابي والتضامن السلبي يكون هناك التزام واحد تعدد أحد طرفيه. ففي حالة ما إذا باع الملاك على الشيوع العين الشائعة، قد يتفق في عقد البيع على أن يكونوا جميعاً دائنين متضامنين في الثمن، فيكون لأي منهم أن يطالب المشتري بكل الثمن. وفي حالة ما إذا اشترى عدة أشخاص عيناً على الشيوع فيما بينهم، قد يتفق على أن يكونوا جميعاً مدينين متضامنين بالثمن، فيكون للبائع أن يطالب أياً منهم بالثمن كاملاً.

ولما كان في التضامن خروج على قاعدة انقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه، بحيث تتعدد الالتزامات بقدر عدد الدائنين أو المدينين، وقد نص المشرع في المادة

٢٧٩ مدني مصري، م ١٢ م ٢٤ موجبات وعقود لبناني) على أن التضامن بنوعية لا يفترض. ولا يقصد بذلك وجوب اشتراطه بصريح العبارة فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً، بحيث يمكن استخلاصه من الظروف لكن ينبغي في هذه الحالة أن تكون وقائع الحال قاطعة في الدلالة على هذا الاتفاق، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة فلا تضامن. على أن قاعدة عدم افتراض التضامن قاصرة على المسائل المدينة. أما المسائل التجارية فالقاعدة أن التضامن السلبي مفترض إلا إذا اتفق على استبعاده، لما في ذلك من تيسير لعملية الإئتمان.

والتضامن السلبي كثير الوقوع في الحياة العملية لما يكفله للدائن من ضمان شخصي قوي، إذ يصبح للدائن، نتيجة التضامن أكثر من ضمان عام يستطيع الدائن أن يرجع على أي منهما لاستيفاء حقه كاملاً. ولذلك يفوق التضامن وسائل التأمين الشخصي الأخرى، كالكفالة مثلاً، حيث أنه في التضامن يكون التزام كل من المدينين التزاماً أصلياً، في حين أن التزام الكفيل التزام تبعي احتياطي لالتزام المدين الأصلي.

أما التضامن الإيجابي فهو نادر في الحياة العملية، ذلك أن الغرض المقصود منه هو مجرد تسهيل عملية استيفاء الحق، إذ يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يستوفي كامل الحق من المدين، كما يكون لهذا الأخير أن يوفي بالدين كله لأي منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء. ولذلك من الميسور تحقيق هذا الغرض دون حاجة للالتجاء إلى التضامن. وذلك بأن يوكل الدائنون أحدهم في قبض الدين، وفي العمل يفضل الدائنون اتباع هذا الطريق الأخير. ومن الأمثلة العملية النادرة للتضامن الإيجابي فتح حساب إيداع نقود في أحد البنوك لمصلحة جملة أشخاص فيكون لكل منهم الحق في سحب المبالغ من الحساب. مثال ذلك فتح حساب لمصلحة زوجين. وهذا الحساب يسمى بالحساب المشترك Compte Joint ويحكم التضامن سواء كان إيجابياً أو سلبياً ثلاثة مبادىء:

١ ـ وحدة الدين، ٢ ـ تعدد الروابط، ٣ ـ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

ولبيان تلك الأسس ينبغي أن نبدأ بدراسة التضامن السلبي حيث أنه قد عني به المشرع بتفصيل قواعده (م ٢٨٤ ـ ٢٩٩ مدني مصري وم ٢٣ ـ ٤١ موجبات وعقود لبناني) لما له من أهمية عملية، في حين أنه قد أجمل قواعد التضامن الإيجابي (م ٢٨٠ ـ ٢٨٣ مدني مصري، م ١١ ـ ٢٢ موجبات وعقود لبناني). وسوف ندرس إلى

جانب التضامن السلبي التضامن أيضاً لما له من أهمية في الحياة العملية.

المطلب الأول: التضامن السلبي

ولدراسة التضامن السلبي يجب أن نقف أولاً على التعريف به وأهميته للإئتمان، ثم نعرض بعد ذلك لدراسة أحكام هذا التضامن.

أولاً ـ التعريف به وأهميته للإئتمان

وهنا يجب أن نتصدى لتحديد المقصود بالتضامن السلبي ثم نقوم بتحليل عناصره لنقف على حقيقة هذا النظام، ثم نعرض بعد ذلك لأهميته للإئتمان.

١ ـ تعريف وتحليل:

نستطيع أن نقول أن التضامن السلبي وصف يلحق بالاتفاق أو بالقانون، الالتزام الذي يتعدد فيه المدينون، بحيث يصبح كل مدين مسؤولاً قبل الدائن عن كل الدين في مقابل أن وفاء أي مدين بالدين للدائن يبرىء ذمته وذمة سائر المدينين.

وكما هو واضح فإن الأثر الرئيسي للتضامن هو منع انقسام الالتزام في العلاقة فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين. أما في علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فإن الدين ينقسم عليهم طبقاً للقاعدة العامة، بحيث أنه إذا وفى أحدهم بكل الدين، فلا يحق له أن يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين.

ولكن مما تجدر الإشارة إليه أنه في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين إذا كانت القاعدة هي وحدة الدين، بمعنى أن هناك موضوعاً واحداً لالتزام المدينين المتضامنين وأن كلاً منهم قد التزم بالدين كله، إلا أن ذلك لا ينفي أن هناك عدة مدينين قد يختلف مركز كل منهم، إزاء الدائن عن مركز الآخر. فكل من المدينين المتضامنين قد التزم بالدين بناء على ارتباط قانوني خاص به، واتفاق هذه الروابط المتعددة من حيث الموضوع لا ينفي استقلال كل منهما عن الآخر، ولهذا الاستقلال مظاهر متعددة سنعرض لها عند الكلام عن أحكام هذا التضامن.

٢ ـ مصادر التضامن السلبي:

سبق أن رأينا أن القاعدة عند تعدد المدينين هي انقسام الالتزام بينهم، أي أن

تتعدد الالتزامات بقدر عددهم، ولو كانت هذه الالتزامات جميعاً قد نشأت من مصدر واحد. على ذلك فإذا أريد الخروج على قاعدة انقسام الدين بين المدينين قبل الدائن فلا بد من اتفاق أو نص في القانون. وهذا ما أكدته المادة ٢٧٩ بنصها على أن «التضامن بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون». وتنص المادة ٢٤ موجبات وعقود على «أن التضامن بين المديونين لا يؤخذ بالاستنتاج بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية». «على أن التضامن يكون حتماً في الموجبات المعقودة بين التجار في شؤون تجارية إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو من القانون».

وعلى ضوء ذلك فإن مصدر التضامن السلبي قد يكون الاتفاق أو نص القانون والغالب أن يشترط الدائن التضامن ويرتضي ذلك المدينون، فيكون الاتفاق عندئذ مصدراً للتضامن. وقد ينص القانون في بعض الحالات على تضامن المدينين، فإن الحالات التي نص القانون المدني على التضامن فيها تعتبر واردة على سبيل الحصر ولا يجوز القياس عليها. ومن ذلك مثلاً تضامن المسؤولين عن عمل ضار في التزامهم بالتعويض عن الضرر (م ١٦٩ مدني)، وتضامن الموكلين المتعددين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدني) وتضامن الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية (م ٧٩٠ مدني).

٣ ـ الأهمية العملية للتضامن السلبي في نطاق الإئتمان:

تضامن المدينين يهيىء للدائن وسيلة سهلة وفعالة من وسائل التأمين الشخصي قلما تدانيه وسيلة أخرى حتى الكفالة وهذا ما يفسر افتراض التضامن بين المدينين في المسائل التجارية (م ٢٤/ ٢ موجبات وعقود لبناني). كما أنه يندر أن يفوت الدائن في المسائل المدنية اشتراط التضامن بين مدينيه المتعددين، أو بين مدينه والكفيل الذي يقدمه.

وعلى ذلك فالتضامن السلبي يمكن المدينين من الحصول على الإئتمان اللازم ويشجع الدائن على منح هذا الإئتمان. فالتضامن ييسر للدائن إجراءات المطالبة بالدين، فيستطيع أن يرجع على أي من المدينين شاء ليطالبه بكل الدين. كما أن التضامن يجنبه مخاطر إعسار أحد المدينين ويلقي بهذه المخاطر على المدينين

المتضامنين الذين يتحملون فيما بينهم نتيجة إعسار أحدهم، على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

ثانياً: أحكام التضامن السلبي

إذا كان الأثر الرئيسي للتضامن بين المدينين هو منع انقسام الدين إلا أن ذلك يقتصر فقط على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين. أما في علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فإن القاعدة هي انقسام الدين عليهم.

ولدراسة أحكام التضامن السلبي ينبغي التفرقة بين: ١ ـ علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، ٢ ـ علاقة المدينين فيما بينهم.

١ ـ علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين

سبق أن رأينا أن الأثر الرئيسي للتضامن في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، هو وحدة الدين، بمعنى أن يسأل كل مدين قبل الدائن عن كل الدين، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي أن هناك عدة مدينين قد يختلف مركز كل منهم، إزاء الدائن، عن مركز الآخر، أي أن وحدة الدين لا تنفي تعدد الروابط وهاتان الفكرتان الجوهريتان هما اللتان تحكمان آثار التضامن فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين، يضاف إلى هاتين الفكرتين فكرة ثالثة وهي فكرة النيابة التبادلية بين المدينين. هذه هي الأفكار الثلاثة الرئيسية التي تحكم هذه العلاقة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أ ـ وحدة الدين:

يترتب على التضامن بين المدينين أن يصبح كل مدين مسؤولاً قبل الدائن عن كل الدين، بمعنى أن للدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين كله، وفي مقابل ذلك فإن الوفاء بكل الدين من جانب أحد المدينين المتضامنين يبرىء ذمته وذمة سائر المدينين. كما يجوز لأي من المدينين المتضامنين أن يحتج بالدفوع المشتركة بينهم في مواجهة الدائن عند مطالبته بالوفاء وهذا ما يفسر المقصود بوحدة الدين في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين. ولنر هذه النتائج بشيء من التفصيل:

(١) **مطالبة أي مدين بكل الدين:** إن أهم النتائج التي تترتب على التضامن السلبي وتمليها وحدة الدين هو حق الدائن في أن يطالب أي مدين منفرداً بكل الدين، كما يجوز له أن يطالب المدينين مجتمعين (م ١/٢٨٥ مدني). وللدائن مطلق الحرية

في اختيار من يوجه إليه المطالبة منهم، وذلك إذا رجع على المدينين منفردين، فإن لم يستوف منه حقه كاملاً بسبب إعساره، كان له الرجوع بباقي الدين على غيره من المدينين.

وعند مطالبة الدائن أحد المدينين منفرداً بالدين كله ليس لهذا الأخير أن يطلب من الدائن اختصام باقي المدينين بل كل ماله أن يطلب تأجيل الدعوى لإدخال باقي المدينين (م ١١٩ مرافعات).

(٢) الوفاء بالدين من جانب أحد المدينين يبرىء سائر المدينين:

يقابل حق الدائن في استيفاء كل الدين من أي من المدينين أن الوفاء من جانب أحد المدينين بكل الدين يترتب عليه انقضاء الدين بالنسبة لسائر المدينين، بمعنى أن الدائن لا يستطيع أن يعود إلى مطالبة الباقين بالدين. وكذلك الحال إذا قبل الدائن وفاء جزئياً من أحد المدينين، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الباقين بقدر ما استوفاه، بمعنى أنه لا يجوز أن يطالب المدينين الآخرين، إلا في حدود ما تبقى من الدين فالتضامن لا يسمح للدائن بأن يستوفي أكثر من الدين الثابت له وهذا ما أكدته المادة ٢٨٤ مدني مصري بنصها على أن «... وفاء أحدهم بالدين مبرىء لذمة الباقين. ويأخذ حكم الوفاء في ذلك بأن يقضي أحد المدينين للدائن حقه، بما يعادل الوفاء. وتنص المادة ٢٩ موجبات وعقود لبناني على «أن الإيفاء أو أداء العوض أو إيداع الشيء المستحق أو المقاصة التي جرت بين المديونين والدائن. كلها تبرىء ذمة سائر الموجب عليهم». فإذا كان الدائن مديناً في نفس الوقت لأحد المدينين المتضامنين فطالب هذا المدين بالوفاء بالالتزام التضامني، كان للمدين أن يتمسك بالمقاصة متى توافرت شروطها ويترتب على ذلك أن ينقضي الالتزام بالنسبة لسائر المدينين.

وكذلك الشأن إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الالتزام. فإنه يترتب على ذلك إنقضاء الالتزام القديم بالنسبة إلى باقي المدينين وتحمل هذا المدين وحدة الالتزام الجديد الذي قام مقامه، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على الباقين كل بقدر حصته في الدين الذي انقضى بالتجديد، كل ذلك مشروط بألا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم. بأن إشترط لتمام التجديد رضاء باقي المدينين الارتباط بالالتزام الجديد، فإن تطلب الدائن ذلك ورفضه باقي المدينين امتنع التجديد وظل الالتزام القديم قائماً. وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨٩ مدني مصري) بقولها «يترتب

على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين، إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم». وتنص المادة ٣١ موجبات وعقود على «أن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرىء ذمة الآخرين إلا إذا رضي هؤلاء بالتزام الموجب الجديد. أما إذا اشترط الدائن قبول المديونين وامتنع هؤلاء فالموجب السابق لا يسقط».

(٣) تمسك أي من المدينين المتضامنين بأوجه الدفع المشتركة بينهم:

لما كان الدين واحداً بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين فيجوز لأي منهم أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بينهم إذا طالبه الدائن بالوفاء (م ٢/٢٨٥ مدني مصري م ٢٦ موجبات وعقود لبناني) من ذلك بطلان الالتزام بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب، أو المحل، أو عدم استحقاق أداء الالتزام بعد، كما لو كان الالتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف بالنسبة لكافة المدينين، أو انقضاء كل الدين لسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو استحالة التنفيذ لهلاك المحل بقوة قاهرة. (م ٢٨ موجبات وعقود لبناني قد أوردت أمثلة لأسباب الدفاع المشتركة، أسباب البطلان، والوصف، وأسباب السقوط).

ب ـ تعدد الروابط:

سبق أن أكدنا أن وحدة الدين التي تترتب على التضامن لا تنفي تعدد الروابط، نتيجة لتعدد المدينين، التي تربط المدينين بالدائن واستقلال كل رابطة عن الأخرى، وتتجلى مظاهر هذا الاستقلال في: الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة، وامتناع الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغير المدين المطالب، وجواز انقضاء رابطة أحد الدائنين لسبب قاصر عليه، فتظل رابطة غيره من المدينين قائمة. وقد نصت المادة ٢٥ موجبات وعقود لبناني على ذلك بوضوح بقولها إنه «إذا وجد موجب التضامن بين المديونين فإن جميع هؤلاء ملزمون بالشيء ذاته ولكن بمقتضى روابط متميزة ومستقلة بعضها عن بعض ولا سيما فيما يختص: ١ ـ بصحة هذه الروابط ٢ ـ باستحقاقها ٣ ـ بسقوطها.

(١) الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة:

إن من أهم مظاهر تعدد روابط المدينين المتضامنين في علاقتهم بالدائن هو

جواز أن يلحق بكل منها وصف يخالف الوصف الذي يلحق غيرها، فقد تكون رابطة أحد المدينين باته وروابط غيره معلقة على شرط واقف، وقد تكون أحد هذه الروابط منجزة بينما الروابط الأخرى مضافة إلى أجل واقف. كما أنه قد يكون الالتزام في جملته مؤجلاً بالنسبة لسائر المدينين ثم يسقط الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط بسبب إعساره أو إفلاسه أو لغير ذلك من أسباب السقوط.

يترتب على تفاوت الوصف الذي يلحق روابط المدينين المتضامنين أن يتعين على الدائن أن يراعي الوصف الذي يلحق رابطة المدين الذي يريد مطالبته بالدين فإذا كان التزام هذا المدين مؤجلاً أو مضافاً إلى شرط، وجب على الدائن انتظار حلول الأجل أو تحقق الشرط، وفي ذلك تنص المادة ٢٨٥/١ مدني على أنه «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين» (أنظر م ٢٥ موجبات وعقود لبناني).

(٢) الامتناع عن تمسك بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر:

مظهر آخر من مظاهر تعدد الروابط في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن هو أنه قد تكون رابطة أحد المدينين معيبة بعيب خاص به لا يتحقق بالنسبة إلى غيره من المدينين كأن يكون يأحد المدينين المتضامنين قد تعاقد وهو ناقص الأهلية، أو يكون قد شاب رضاه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه، في مثل هذه الحالات لا يجوز لغيره من المدينين إذا طالبه الدائن بأداء الدين، أن يتمسك في مواجهة الدائن بهذا العيب الخاص بالمدين الأول، بل يتعين على المدين الذي يطالبه الدائن أن يوفيه حقه كاملاً. وكذلك الأمر إذا كان الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين مضافاً إلى أجل واقف، فلا يجوز لمن كان الالتزام بالنسبة له منجزاً أن يدفع في مواجهة الدائن بعدم حلول الأجل، ولو بالنسبة لنصيب المدين الأول، وعلى هذا الحكم نصت المادة ٢٨٥/ ٢ مدني بقولها «ولا يجوز للمدين الذي يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين. ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به، وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً». وكذلك تنص المادة ٢٧ موجبات وعقود لبناني على «أن أسباب الدفاع المختصة بكل من المديونين هي التي يمكن أن يدلي بها واحد أو عدة منهم وأخصها ١ ـ الأسباب الممكنة من الأبطال (الإكراه الخداع والغلط وعدم الأهلية) سواء أكانت مختصة بأحد المديونين أم ببعضهم. ٢ ـ الشكل (الأجل أو

الشرط) الذي لا يشمل ما التزمه الجميع ٣ ـ أسباب سقوط الموجب التي لم تحدث للجميع.

(٣) انقضاء رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقين.

من مظاهر تعدد روابط المدينين المتضامنين واستقلالها أن مصير كل رابطة مستقل عن الروابط الأخرى. فقد تنقضي رابطة أحد المدينين المتضامنين بسبب لا يقوم إلا بالنسبة إليه فتظل رابطة غيره من المدينين المتضامنين قائمة ولا يجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء إلا بقدر حصة زميلهم. وقد أورد المشرع في التقنين المدني المصري عدة تطبيقات لهذه القاعدة، في المقاصة (م ٢٨٧) واتحاد الذمة (م ٢٨٨)، والإبراء (م ٢٨٩) والتقادم (م ٢٩٢). أما الوفاء من جانب أحد المدينين المتضامنين فهو يقضي الديـن في جملته (م ٢٨٤) ومثله إتفاق الدائن على تجديد الالتزام مع أحد المدينين المتضامنين دون أن يحتفظ بحقه قبل باقي المدينين (م ٢٨٦)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك وسنتناول الآن التطبيقات التي أوردها المشرع لهذه القاعدة فيما يلي:

(أولاً) ـ المقاصة: القاعدة في هذا الصدد أنه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين (م ٢٨٧ مدني). ولنفهم هذه القاعدة ينبغي أن نفرق بين فرضين، **الفرض الأول**: أن يطالب الدائن المدين المتضامن الذي أصبح دائناً له بمبلغ مماثل وتوافرت شروط المقاصة بين الدينين، في هذا الفرض يستطيع هذا المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بانقضاء الدين بالمقاصة، وينقضي الدين جميعه ولا يجوز للدائن بعد ذلك مطالبة مدين آخر بالدين، إذ يكون لهذا الأخير أن يدفع بانقضاء الدين بالمقاصة التي تمسك بها المدين الأول[1]. **الفرض الثاني**: أن يطالب الدائن مديناً متضامناً آخر غير الذي تحققت شروط المقاصة بالنسبة إليه، فيكون لهـذا الأخير أن يدفع أيضاً في مواجهته بالمقاصة التي تحققت شروطها بين الدائن والمدين الآخر، ولكن في حدود حصة هذا المدين في الدين. أما في القانون الفرنسي وفي القانون اللبناني يعتبر الدفع بالمقاصة دفعاً شخصياً بحتاً لا يجوز أن يتمسك به سوى المدين الذي وقعت المقاصة

(١) انظر م ٣٧ موجبات وعقود لبناني حيث تنص على أنه: «إذا وجد التضامن بين المديونين أمكن أن يبرىء ذمة الآخرين جميعاً»: ٢ ـ إجراء المقاصة على دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين.

بينه وبين الدائن، فإن لم يكن قد تمسك بها فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بتلك المقاصة ولو بقدر حصة ذلك المدين.

(ثانياً) ـ اتحاد الذمة: والقاعدة أنه «إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين. إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن (م ٢٨٨ مدني مصري وم ٣٥ موجبات وعقود لبناني).

ويتحقق اتحاد الذمة إذا توفي الدائن فورثه أحد المدينين أو توفي أحد المدينين فورثه الدائن. وفي كلتا الحالتين لا ينقضي الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه. ويكون للمدين الذي ورث الدائن، وللدائن الذي ورث المدين، أن يرجع على أي من المدينين الآخرين بكل ما يتبقى بعد استنزال تلك الحصة منه.

لكن يجب أن نلاحظ أنه في حالة إذا ما ورث الدائن أحد المدينين المتضامنين وكانت التركة معسرة بحيث أن الدائن لم يستوف إلا بعض حصة المدين المتوفي في الدين. فإنه يكون له الرجوع بما تبقى من هذه الحصة على باقي المدينين، لأن من شأن التضامن ألا يتحمل الدائن خطر إعسار أي من المدينين.

(ثالثاً) ـ الإبراء: فصل يالمشرع الأحكام الواجبة الاتباع إذا ما أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين في المواد ٢٨٨ ـ ٢٩١. مدني مصري، م ٣٢، ٤٢، م ٤٣ موجبات وعقود لبناني وعلى ضوء هذه النصوص يجب لمعرفة أثر هذا الإبراء التفرقة بين فرضين: الإبراء من الدين والإبراء من التضامن.

(أ) إذا برأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ذاته:

انقضى الالتزام بالنسبة لهذا المدين، في علاقته بالدائن فلا يجوز للدائن أن يطالب به. أما بالنسبة للمدينين المتضامنين الآخرين فإن الدائن قد يقصد أن يقتصر أثر الإبراء على هذا المدين، وقد يقصد أن يعم أثره سائر المدينين ولنر حكم هاتين الحالتين بشيء من التفصيل:

في الحالة الأولى: إذا قصد الدائن اقتصار أثر الإبراء على أحد المدينين كان له الرجوع على الباقين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذي أبرأه، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه وقت الإبراء بالحق في الرجوع على باقي المدينين بكل الدين، وفي هذه الحالة يكون لمن وفى بكل الدين الرجوع على من أبرىء بحصته وبذلك تقتصر الفائدة التي تعود على المدين من الإبراء على امتناع مطالبة الدائن له (م ٢٨٩ مدني مصري).

في القانون اللبناني تنص المادة ٣٢ موجبات وعقود على «أن اسقاط الدين عن أحد المديونين المتضامنين يستفيد منه سائر الموجب عليهم إلا إذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يريد إسقاط الدين إلا عن ذلك المديون وعلى قدر حصته منه. فعندئذ لا يستفيد المديونون الآخرون إلا بنسبة حصته المديون المبرأة منه» وعلى ضوء ذلك فالأصل أن إبراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين من الدين يبرىء ذمة الآخرين ما لم يصرح الدائن بأن الإبراء أثره قاصر على حصته المدين الذي أبرأه وذلك على خلاف حكم القانون المصري.

الحالة الثانية: إذا قصد الدائن بالإبراء الصادر منه أن يعم سائر المدينين فإن الدين ينقضي في جملته، على أن هذا الأثر لا يترتب إلا إذا صرح الدائن بذلك، فإن لم يصرح به اقتصر أثر الإبراء على حصة المدين المبرأ على النحو السابق بيانه (م ١/٢٨٩ مدني مصري).

(ب) إذا أبرأ الدائن المدين المتضامن من التضامن فحسب:

امتنع عليه مطالبة هذا المدين إلا بقدر حصته في الدين. فإن استوفاها منه كان له الرجوع على الباقين على وجه التضامن بالدين بعد استنزال الحصة التي استوفاها، فإن لم يكن قد استوفاها بعد فله مطالبة أي مدين آخر بكل الدين ولهذا الأخير أن يرجع على المدين المبرأ من التضامن بحصته في الدين، ما لم تكن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذي تم الإبراء لصالحه (م ٢٩٠ مدني مصري، م ٣/٤٣ موجبات وعقود لبناني).

أما إذا أبرأ الدائن سائر المدينين من التضامن، فلا ينقضي الدين بداهة، بل ينقسم الدين بينهم، ولا يكون للدائن الرجوع على كل منهم إلا بقدر حصته في الدين (م ٢/٤٣ موجبات وعقود لبناني).

وفي جميع الأحوال فإن المدينين المتضامنين يشتركون جميعاً في تحمل حصة المعسر منهم فلا يتحملها المدين الموفي وحده. ويترتب على ذلك أن المدين المبرأ يظل، رغم إبرائه، مسؤولاً عن نصيبه في حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م ١/٢٩١ مدني مصري، ي٤٣/ ٤ موجبات وعقود لبناني). على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسؤولية عن الدين فإن هذا الدائن هو الذي يتحمل نصيب

هذا المدين في حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م ٢٩١/ ٢ مدني مصري).

(رابعاً) ـ التقادم: والقاعدة في هذا الصدد أنه «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين (م ٢٩٢/ ١ مدني مصري). ويحدث هذا الفرض عندما تكتمل مدة التقادم المسقط بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين دون الباقين. ويرجع ذلك إلى اختلاف الوصف الذي يلحق رابطة كل منهم، فإن كان الدين منجزاً أو باتاً بالنسبة لمن انقضى دينه بالتقادم، بينما كان الدين مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف بالنسبة إلى غيره، حيث أن التقادم لا يسري في شأنه إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، أي من وقت حلول الأجل أو من وقت تحقق الشرط ومن ذلك أيضاً أن تنقطع مدة التقادم أو يقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين دون المدين الآخر، فتكتمل مدة التقادم للمدين الذي استمر التقادم بالنسبة إليه دون انقطاع أو وقف قبل أن تكتمل بالنسبة لغيره.

في مثل هذه الحالات يجوز للمدين الذي اكتملت له مدة التقادم أن يتمسك به وينقضي الدين كله بالنسبة إليه. أما بالنسبة للمدينين المتضامنين الآخرين فلا يستفيدون من ذلك التقادم إلا بقدر حصة هذا المدين، أي لا يلتزمون إلا في حدود المتبقي من الدين بعد استنزال هذه الحصة، سواء كان المدين الذي اكتملت مدة التقادم بالنسبة إليه قد سبق أن تمسك بالتقادم أو لم يكن قد سبق له ذلك بأن كان الدائن قد بدأ بمطالبة أحد المدينين الآخرين.

وهذا الحكم تمليه اعتبارات العدالة، لأنه لو كان للدائن أن يطالب هؤلاء المدينين بكل الدين، دون استنزال حصة من انقضى التزامه بالتقادم. لترتب على ذلك تحمل هؤلاء المدينين لهذه الحصة من الدين مع امتناع الرجوع بها على المدين الذي اكتملت له مدة التقادم[1].

في القانون اللبناني، تنص المادة ٣٤٧ موجبات وعقود على أن «يحق لكل مديون متضامن أو للكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن كما يحق لدائن آخر للمديون أن يدلي به على الطريقة غير المباشرة».

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢ ص ٢٤٨.

وتنص المادة ٣٦١ موجبات وعقود على «أن حكم مرور الزمن لا يقتصر على اسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى بل يسقط أيضاً الموجب نفسه فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع».

وعلى ضوء ذلك نجد أن لكل مدين متضامن الحق في التمسك بالتقادم في موجهة الدائن (م ٣٤٧ موجبات وعقود) وأن أثر التقادم الحاصل بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين يمتد إلى باقي المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم أيضاً (م ٣/٢٧، م ٣٦١ موجبات وعقود). وهذا الحكم يتفق مع حكم القانون الفرنسي ويختلف عن حكم القانون المصري.

جـ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

بصدد هذه الفكرة يظهر التفاوت الواضح في مدى التضامن كوسيلة ضمان بين كل من القانون المدني الفرنسي والمصري. ففي القانون الفرنسي قد استخلص الفقهاء من نصوص التقنين المدني في هذا الصدد مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر. وقد اعتنق القضاء الفرنسي هذا المبدأ وراح يستخلص منه نتائج منطقية أخرى لم ينص عليها المشرع. أما في القانون المدني المصري فقد قصر المشرع مبدأ النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

(١) التفاوت في مدى التضامن بين القانون الفرنسي والقانون المصري

يترتب على التضامن باعتباره وصفاً في الالتزام أن يوجد بين المدينين المتضامنين مصلحة مشتركة. ولذلك فقد رتب المشرع الفرنسي على قيام هذه المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين عدة نتائج استهدف منها تعزيز ضمان الدائن وتقويته وذلك عن طريق تبسيط إجراءات رجوع الدائن على المدينين المتضامنين. وقد رد الفقه الفرنسي هذه النتائج إلى فكرة جامعة هي فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين، ومقتضاها أن كل مدين نائب عن المدينين الآخرين في علاقتهم بالدائن، فأي إجراء يتخذه الدائن في موجهة أي منهم ينتج أثره بالنسبة للباقين.

وقد استحوذت فكرة النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين على القضاء وراح يستخلص منها نتائج منطقية جديدة لم ينص عليها المشرع، أهمها ما يتعلق بحجية

الشيء المقضي به، وبالطعن في الأحكام، وبالصلح وحلف اليمين والتحكيم وقد وضع القضاء الضوابط اللازمة لهذه التطبيقات[1].

وقد أخذ التقنين المدني السابق بهذه الفكرة وذلك من خلال تطبيقاتها التي نصت عليها في المواد ١٠٨/١٦٣، ١١٠/١٦٦، ١١١/١٦٧. وبذلك يتضح أن القاعدة العامة في القانون الفرنسي وفي ظل التقنين المدني السابق في مصر. أن كل مدين نائب عن المدينين الآخرين فيما فيه مصلحتهم وفيما يترتب عليه ضرر بهم ما دام هذا الضرر لا يتضمن زيادة في عبء الالتزام[2].

أما التقنين المدني المصري الحالي فإنه لم يتضمن نصاً صريحاً يقرر مبدأ النيابة التبادلية، بل أورد المشرع عدة نصوص يستفاد منها أن النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين قاصرة فقط على ما ينفعهم دون ما يضرهم. وبهذا التعديل الذي أحدثه المشرع المصـري فإن مبدأ النيابة التبادلية قد تطور من النقيض إلى النقيض. فهذا المبدأ في أصل نشأته كان تأصيلاً لقواعد قصد بها تأكيد وتقوية ضمان الدائن بينما الصياغة التي انتهى إليها المشرع المصري لهذا المبدأ تمحضت عن مصلحة للمدينين.

وبذلك افترق القانون المصري عن القانون الفرنسي بصدد التضامن، وأصبح التضامن في القانون الفرنسي كوسيلة من وسائل الضمان الشخصي أقوى أثراً وأبعد مدى من التضامن في التقنين المدني المصري.

وسوف يتضح لنا ذلك من استعراض النصوص العديدة التي تضمنت تطبيقات لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر. وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

(٢) تطبيقات مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

وقد أورد المشرع هذه التطبيقات بصدد قطع التقادم ووقفه واستحالة التنفيذ بخطأ أحد المدينين والأعذار والمطالبة القضائية، والصلح، والإقرار واليمين، وحجية الأحكام.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك بحثنا، التضامم ومبدأ عدم إفتراض التضامن، منشأة المعارف ١٩٨٥، ص ٧٨ وما بعدها.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٣٣١.

(أولاً) ـ قطع التقادم ووقفه: تنص المادة ٢٩٢/ ٢ مدني على أنه «إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين». تتناول هذه المادة حكم انقطاع التقادم المسقط أو وقفه بالنسبة لأحد المدينين. ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا اتخذ الدائن إجراء قاطعاً للتقادم في مواجهة أحد المدينين (م ٣٨٣ مدني) أو أقر أحد المدينين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً(م ٣٨٤) فإن التقادم لن ينقطع إلا بالنسبة لهذا المدين، ويظل التقادم سارياً بالنسبة للباقين.

كما أنه إذا قام مانع بحيث يتعذر على الدائن مطالبة أحد المدينين بحقه (م ٣٨٢/ ١ مدني) فإن التقادم لا يقف سريانه إلا بالنسبة لهذا المدين، ولا يجوز للدائن أن يتمسك بهذا الموقف قبل باقي المدينين، بل يسري التقادم بالنسبة إليهم في المدة التي ظل فيها موقوفاً بالنسبة لزميلهم.

في القانون اللبناني، تنص المادة ٣٦/ ٢ موجبات وعقود على «أن الأسباب التي توقف حكم الزمن يمكن إبقاؤها شخصية ومختصة بأحد الدائنين ولكن الأسباب التي تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد المديونين المتضامنين تقطعه أيضاً بالنظر إلى الآخرين».

وعلى ذلك نجد أن القانون اللبناني قد فرق بين وقف التقادم وانقطاعه. وقد جعل أسباب وقف التقادم التي تخص أحد المدينين المتضامنين شخصية بحتة فلا يمتد أثرها للباقين. أما أسباب قطع التقادم التي تخص أحد المدينين المتضامينين تؤدي إلى قطعه بالنسبة للآخرين. وذلك على خلاف الحكم في القانون المصري.

(ثانياً) ـ استحالة التنفيذ بخطأ أحد المدينين: تنص المادة ١٩٣/ ١ مدني مصري على أن «لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله» وتنص المادة ٣٨ موجبات وعقود لبناني على «أن كلا من المديونين المتضامنين مسؤول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب...». وقد اختلف الفقهاء حول مسؤولية المدين المتضامن عن استحالة التنفيذ الراجعة إلى خطأ غيره من المدينين. فذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ أحد المدينين، كما لو تسبب بخطئه في هلاك الشيء محل الالتزام، كان مسؤولاً وحده عن تعويض الدائن. أما المدينون الآخرون فتبرأ

ذمتهم من الالتزام، إذ أن خطأ أحد المدينين يعتبر بمقتضى المادة ٢٩٣/١، سبباً أجنبياً بالنسبة للمدينين الآخرين[1]. ويرى هؤلاء الفقهاء أن النتيجة التي انتهوا إليها هي التي تتمشى مع إتجاه المشرع المصري إلى الحد من فكرة النيابة التبادلية، ليس فقط باستبعادها فيما يزيد من عبء الالتزام، بل في كافة الأحوال التي يترتب عليها فيها الاساءة الى مركز المدينين المتضامنين فلا تطبق إلا حيث يترتب عليها نفع لهم[2].

بينما ذهب غالبية الفقهاء إلى أنه في حالة هلاك الشيء بخطأ أحد المدينين، يظل المدينون الآخرون ملزمين بالتضامن بدفع قيمة هذا الشيء، شأنهم في ذلك شأن المدين الذي أخطأ، أما عناصر الضرر الأخرى، كالمصاريف التي أنفقها الدائن لإبرام العقد والكسب الذي فاته بسبب عدم التنفيذ، فلا يسأل عنها سوى المدين الذي تسبب في هلاك الشيء بخطئه[3] وهذا ما يتفق مع حكم القانون الفرنسي[4].

نحن نؤيد الرأي الأول لأنه يتفق أكثر مع فلسفة التضامن في القانون المدني المصري والذي قصر النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين في علاقتهم بالدائن على ما ينفعهم دون ما يضرهم أو يسوء مركزهم.

(ثالثاً) ـ الأعذار والمطالبة القضائية: تنص المادة ٢٩٣/٢ مدني على أنه «إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن باقي المدينين يستفيدون من هذا الأعذار» وتنص المادة ٣٠ موجبات وعقود لبناني على «أن تأخر الدائن بالنظر إلى أحد الموجب عليهم يستفيد من نتائجه الآخرون».

وتنص المادة ٣٨ موجبات وعقود لبناني على أن «... والإنذار الموجه على أحدهم لا يسري مفعوله على الآخرين». ويعتبر هذا النصوص تطبيقاً نموذجياً لفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٣ ص ٣٣٢.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ١٧٣ هامش ٢ ص ٣٣٣.
(٣) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، جـ١، ص ٢٤٠، ٢٤١، عبد المنعم العمدة، في أحكام الإلتزام، فقرة ٦٨ ص ٣٩، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٨٥ ص ٢٥٠.
(٤) M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil, VII, Les obligations, Par. P. Esmein, Radouant, Cabolde, no. 1084.

فبالنسبة للأعذار يجب أن نفرق بين الأعذار الموجه من الدائن إلى أحد المدينين والأعذار الموجه من أحد المدينين إلى الدائن.

فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين وإنما يسأل هذا المدين وحده عن التعويض عن التأخير ويتحمل تبعة هلاك الشيء بعد أعذاره، دون غيره من المدينين.

أما إذا أعذر أحد المدينين الدائن، فإن آثار هذا الأعذار تتمحض لمصلحة جميع المدينين، فيترتب عليه أن يتحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه، ويقف سريان الفوائد، ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر (م ٣٣٥ مدني).

أما بالنسبة للمطالبة القضائية: فإنه إذا قاضى الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين فلا ينقطع التقادم إلا بالنسبة لهذا المدين، وهو وحده الذي تسري في حقه فوائد التأخير.

في القانون اللبناني: لم يرد في هذا الصدد نص مماثل لنص القانون المصري. ومع ذلك قد خرج المشرع اللبناني في نص المادة ٢/٣٦ موجبات وعقود عن مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وجعل قطع التقادم بالمطالبة القضائية بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة للآخرين.

(رابعاً) ـ الصلح: وتنص المادة ٢٩٤ مدني على أنه «إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأي وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون. أما إذا كان من شأن الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه» وتنص المادة ٣٤ موجبات وعقود لبناني على «أن الصلح الذي يعقد بين الدائن وأحد الموجب عليهم يستفيد منه الآخرون إذا كان يتضمن إسقاط الدين أو صيغة أخرى للأبراء، وهو لا يلزمهم ولا يحرج موقفهم إذا كانوا لم يرضوا به». ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، فإن هذا الصلح ينفذ في حق الباقين بقدر ما يوفر لهم من نفع، كما لو نزل فيه الدائن عن إدعاء من إدعاءاته قبلهم. أما إذا كان من شأن الصلح أن يضر بهم فلا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه، كما لو أن الصلح قد رتب في ذمتهم التزاماً أزاد فيما هم ملتزمون به.

ومع ذلك فإن هذا الحكم قد يتعارض مع طبيعة عقد الصلح باعتباره عقداً لا يقبل التجزئة، فالصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه (م ٥٤٩ مدني). فإذا كان النزاع الذي حسمه أحد المدينين بالصلح مع الدائن نزاعاً اشترك فيه المدينون الآخرون، فإن نزول هذا المدين، عن جزء من إدعائه بالصلح لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه وهم من ناحية أخرى لن يستطيعوا، بغير هذا القبول، الاحتجاج بانقضاء الادعاء الذي نزل عنه الدائن. فالصلح لا يقبل التجزئة فلا يجوز للمدينين المتضامنين الاحتجاج به في شطره المفيد لهم ورفضه في شطره المفيد للدائن. بل يتعين قبوله أو رفضه جملة واحدة[1].

ويلاحظ أنه في الصلح الواقي لا يستفيد من المزايا الممنوحة من جانب دائنيه سوى المدين المفلس نفسه. ولا تسري هذه المزايا بالنسبة للمدينين المتضامنين معه في أحد هذه الديون إذا يبقى للدائن مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس» (م ٣٤٩ تجاري).

(خامساً) **- الإقرار واليمين:** وقد أوردت المادة ٢٩٥ مدني مصري وم ٣٧/ ٤ موجبات وعقود لبناني). تطبيقاً لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر بصدد الإقرار واليمين.

فإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقين، إذ في الإقرار ضرور بهم.

أما اليمين، فقد يوجهها الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين، وقد توجه من أحد هؤلاء إلى الدائن. فلا يضار باقي المدينين من نكول المدين في الحالة الأولى أو من حلف الدائن في الحالة الثانية. ولكن إذا حلف المدين في الحالة الأولى أو نكل الدائن في الحالة الثانية أفاد من ذلك الباقون. هذا ويلاحظ أنه إذا وجه الدائن اليمين إلى جميع المدينين المتضامنين وجب أن يؤدي كل مدين اليمين بنفسه وامتنع أعمال فكرة النيابة التبادلية في هذه الحالة. وعلى ذلك إذا حلف أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد الباقون من ذلك.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٥ ص ٣٣٥، ٣٣٦، أنور سلطان: المرجع السابق فقرة ٢٨٧، ص ٢٥٢.

(سادساً) ـ **حجية الأحكام**: فقد نصت المادة ٢٩٦ مدني على أنه «١ ـ إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين» «٢ ـ أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه». وتنص المادة ١/٣٦ موجبات وعقود لبناني على أنه «ليس للحكم الصادر على أحد المدينين المتضامنين قوة القضية المحكمة بالنظر إلى المديونين الآخرين أما الحكم الصادر لمصلحة أحد المديونين فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنياً على سبب يتعلق بشخص المديون الذي حصل على الحكم». وهذا تطبيق آخر من تطبيقات مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

فإذا صدر الحكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين، لأن المدين الذي صدر ضده هذا الحكم لم يكن يمثلهم في الدعوى. وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن ينفذ بهذا الحكم عليهم. كما أنه إذا وفي المدين المحكوم عليه بكل الدين ورجع على كل منهم بنصيبه فيه، كان لهم أن يدفعوا مطالبته بكافة الدفوع التي كانوا يستطيعون بها دفع دعوى الدائن.

أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقون بشرط أن يكون قد بنى على دفع من الدفوع والمشتركة بينهم كعدم مشروعية السبب أو المحل: ووجه استفادة باقي المدينين يتمثل في أنه إذا عاد الدائن إلى مطالبة أحدهم بالدين كان لهذا أن يستند إلى الحكم الصادر لصالح المدين الأول ويتعين على المحكمة أن ترفض دعوى الدائن دون حاجة إلى بحث جديد. لكن إذا صدر الحكم لصالح المدين بناء على دفع خاص به، كنقص أهلية، فلا يفيد منه الباقون، ولا يجوز لهم التمسك به.

٢ ـ علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

القاعدة التي تحكم هذه العلاقة هي قاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين كل بقدر حصته، كما أنه إذا وفى أحدهم بكل الدين كان له الرجوع على الباقون بحصة كل منهم في الدين. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أ ـ انقسام الدين بين المدينين المتضامنين:

إن الأثر الجوهري للتضامن يتجلى بوضوح في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن بحيث يكون كل مدين مسؤولاً عن الدين بالكامل في مواجهة الدائن. أما في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم فإن القاعدة هي انقسام الدين عليهم كل بقدر

حصته بحيث يتحمل كل منهم نصيبه.

ولتحديد حصة كل من المدينين المتضامنين يجب، إن كل التضامن اتفاقياً، الرجوع إلى الاتفاق المعقود فيما بينهم. وإن كان التضامن قانونياً، فقد ينص القانون عن الأساس الواجب الاتباع لتحديد حصة كل من المدينين[1] فإن لم يظهر ذلك من الاتفاق أو لم ينص عليه القانون فإن القاعدة أن الدين ينقسم إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع (م ٢٩٧/ ٢ مدني مصري، م ٣٩/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

لكن إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقين (م ٢٩٩ مدني مصري، م ٣٩ / ٢ موجبات وعقود لبناني). ويتحقق ذلك إذا كان صاحب المصلحة في الدين هو المدين الأصلي ولم يكن الباقون سوى ضامنين وإن ظهروا في صلتهم بالدائن بمظهر المدينين الأصليين، في هذه الحالة يتحمل هذا المدين وحده كل الدين.

ومثال ذلك، أن يكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع المدين. وفي هذه الحالة لا يكون للكفيل حق التقسيم على الكفلاء الآخرين، ولا حق تجريد المدين، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً في علاقته بالدائن، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول. وكما هو واضح فإننا أمام مدينين متضامنين متعددين في دين واحد، ولكن واحداً من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة في الدين، أي هو المدين الأصلي، والباقون ليسوا إلا كفلاء عنه، ففي العلاقة بينهم وبين الدائن تسري قواعد التضامن دون قواعد الكفالة، أما في علاقتهم بعضهم ببعض، فقواعد الكفالة هي التي تسري دون قواعد التضامن[2].

ب ـ رجوع المدين الموفي على باقي المدينين:

إذا وفى أحد المدينين بكل الدين كان له الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين. ويأخذ حكم الوفاء انقضاء الدين بطريق آخر يتحمل فيه أحد المدينين أكثر من نصيبه، كالتجديد الذي يعقده أحد المدينين مع الدائن وينقضي به الالتزام القديم دون أن يتحمل فيه باقي المدينين الالتزام الجديد، والمقاصة التي تقع بين

(١) انظر نص المادة ١٦٩ مدني. إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٨، ٣٣٨.
(٢) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط، جزء ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٣٦٦ وما بعدها.

الدائن وأحد المدينين المتضامنين إذا تمسك بها هذا المدين عند مطالبة الدائن له، أو تمسك بها الدائن عند مطالبة المدين بما له، فانقضى الالتزام التضامني كله أو انقضى منه ما يزيد عن حصة المدين فيه.

والمدين الموفي يستطيع أن يرجع على باقي المدينين بأحد طريقين: أما بدعوى شخصية، وهي دعوى الوكالة في التضامن الاتفاقي، أو دعوى الفضالة في التضامن القانوني. وإما بدعوى الحلول وفقاً للمادة ١/٣٢٦ مدني التي تخول الموفي الحلول محل الدائن إذا كان هذا الموفي ملزماً بالدين مع المدين (م ٤٠ موجبات وعقود لبناني).

ويختار المدين الموفي أي من الدعويين وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته. فدعوى الحلول تسمح له بأن يحل محل الدائن فيما له من حق، وبما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع ويكون الحلول بالقدر الذي أداه المدين الموفي من ماله (م ٣٢٩ مدني) وعلى ذلك فقد يستفيد المدين الموفي من هذه الصفات كأن يكون الدين تجارياً أو ثابتاً في سند رسمي. وقد يضار من ذلك إذا كان هذا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم أو تكون المدة التي سرت في مواجهة الدائن مدة طويلة بحيث لم يبق للمدين الموفي إلا مدة قصيرة وينقضي بعدها الدين، أما بالنسبة للتأمينات فإن المدين الموفي يستفيد منها لأنه يحل محل الدائن في حقه وما يكفله من تأمينات. بالنسبة للفوائد فإن المدين لا يستطيع أن يرجع بها على الباقين بدعوى الحلول إلا إذا كان الدين منتجاً لها. فإن لم يكن كذلك فإنه ليس له حق إلا في الفوائد القانونية محسوبة من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (م ٢٢٩ مدني).

أما الدعوى الشخصية فإن مدة تقادمها لا تبدأ إلا من وقت الوفاء بالدين للدائن لأنه من هذا التاريخ فقط ينشأ حق المدين الموفى. أما بالنسبة للفوائد فإن المدين الموفى يستحق الفوائد القانونية على كل ما دفعه للدائن وفاء للدين، بوصفه وكيلاً أو فضولياً، من وقت الدفع (م ٧١٠، ١٩٥ مدني).

وسواء رجع المدين الموفي بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، فليس له أن يطالب أي مدين آخر إلا بحصته في الدين (م ١/٢٩٧ مدني) تطبيقاً لقاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين. ولكن إذا وجد الموفي أحد المدينين معسراً فهو لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار، بل يشترك معه في تحملها سائر المدينين الموسرين

كل منهم بقدر حصته في الدين (م ٢٩٨ مدني). ما لم يكن الدائن قد أبرأ أحد المدينين، من الدين أو من التضامن، من كل مسؤولية عن الدين، إذ في هذه الحالة يتحمل الدائن نصيب هذا المدين في حصة المعسر (٢/٢٩١ مدني مصري م ٤١ موجبات وعقود لبناني).

المطلب الثاني

التضامم[1]

سبق أن رأينا أن التضامن بين المدينين يقدم للدائن ضماناً شخصياً قوياً لاستيفاء حقه، إلا أن وجوده يستلزم الاتفاق أو نص القانون عليه حيث أن التضامن لا يفترض كما أن آثار التضامن بالنسبة للمدينين المتضامنين بعيدة المدى على النحو السابق بيانه.

وقد أفرز تطور نظرية الالتزام، منذ زمن بعيد، نظاماً جديداً لا يقابل تماماً التضامن وإن كان يتشابه معه. هذا النظام الجديد هو ما يسمى بالالتزام التضاممي L'obligation in Solidum ويوجد الالتزام التضاممي عندما يكون هناك شخصان أو أكثر ملتزمين بكل الدين في مواجهة الدائن، ويستطيع هذا الأخير أن يطالب أي منهم بالدين كله، بالرغم من عدم وجود تضامن فيما بينهم. ولدراسة التضامم ينبغي علينا أن نبدأ بإلقاء الضوء على تطوره التاريخي، ثم بعد ذلك نقف على كيفية التمييز بينه وبين التضامن، وأخيراً نتعرف على ما انتهت إليه هذه التفرقة في القانون الوضعي الفرنسي والمصري.

أولاً ـ التطور التاريخي

ولتتبع الأصل التاريخي للتضامم ينبغي أن نرجع إلى القانون الروماني، ثم نتعقب مراحل تطوره، التي كانت تتراوح بين المد والجزر، في القانون الفرنسي القديم والحديث.

١ ـ **في القانون الروماني**: عرف القانون الروماني التفرقة بين الالتزام التضامني بالمعنى المتعارف عليه والالتزام التضاممي L'Obligation in Solidum.

الأصل في القانون الروماني، كما هو الحال في القانون الحديث، هو انقسام الدين عند تعدد المدينين. ولكن هذا الأصل يرد عليه عدة استثناءات، عندما يكون هناك التزام غير قابل للانقسام، أو التزام تضامني، أو التزام جمعي تضاممي.

---

(١) ارجع في دراسة تفصيلية لهذا الموضوع بحثنا، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

والذي يعنينا أن الالتزام التضاممي يقابل الفرض الذي يوجد فيه، خارج نطاق عدم القابلية للانقسام أو أي اتفاق، عدة مدينين ملتزمين بكل الدين، بحيث أنه يوجد التزامات بقدر ما يوجد من مدينين، فهذه الديون المختلفة تتضامم ولكن لا يمكن لدائن أن يستوفي حقه إلا مرة واحدة.

وقد كانت النظرية التقليدية في القانون الروماني تميز بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي من حيث المصدر ومن حيث الآثار ومن حيث طبيعة الالتزام. فمن حيث المصدر ترى هذه النظرية أن الالتزام التضاممي يجد مصدره في طبيعة الأشياء، بينما التضامن يعتبر وصف من أوصاف الالتزام لا ينشأ إلا عن إرادة الأطراف أو عن نص في القانون.

فمن ناحية طبيعة الالتزام، نجد أن الالتزام التضامني يتميز بوحدة المحل المستحق، في الوقت الذي تتعدد في الروابط. بينما على العكس من ذلك في الالتزام التضاممي حيث أنه لا يوجد تعدد في الروابط فحسب، بل أيضاً تعدد في المحل، فالتزامات المدينين تبقى مستقلة بعضها عن البعض، وكل رابطة التزام تقابل محل، وكل مدين يعتبر مسؤولاً مسؤولية شخصية عن مبلغ التعويض المستحق عن الضرر الذي تسبب فيه.

فالتضامن قد تدخل على سبيل الضمان وذلك ليزيل العقبات الناشئة عن تقسيم الدين، وليضع المدينين المختلفين على قدم المساواة في مواجهة الدائن، ولكن هذا لا ينبغي أن ينسينا أن هناك شيئاً واحداً مستحقاً بالنسبة للجميع. على العكس من ذلك الالتزام التضاممي فأنه ينشأ عن طبيعة الأشياء ذاتها، فيوجد منذ البداية، على عاتق كل من المدينين التزام بكل الدين، التزام بأداء مماثل ولكنه متميز، ويرجع ذلك إلى تعاصر هذه الالتزامات ووحدة الهدف الذي ترمي إليه.

أما من حيث الآثار، فإن الفروق كانت أكثر وضوحاً، حيث أنها تنصب على الأثر المنهي من ناحية، ومن ناحية أخرى على مسألة الرجوع فيما بين المدينين.

فبالنسبة للأثر المنهي فإنه إلى عهد جستنيان والالتزام التضامني ينتج أثراً منهياً، بمعنى أن التجاء الدائن إلى القضاء ضد أحد المدينين المتضامنين يؤدي إلى إبراء ذمة الآخرين. ولذلك قد لجأ المتعاقدين إلى تفادي هذا الأثر المنهي بتضمين العقود

شرطاً، أصبح مألوفاً، ينص على تنازل المدينين المتضامنين عن الاستفادة من هذا الأثر المنهي. وفي نهاية الأمر وجد الأمبراطور جستنيان أنه من الأفضل إلغاء هذا الأثر المنهي.

أما بالنسبة للالتزام التضاممي فإنه لم يكن ينتج هذا الأثر المنهي. كما أن أسباب الانقضاء الأخرى، مثل التجديد وغيره، والتي تقع في جانب أحد المدينين، لا تفيد المدينين المتضامنين الآخرين. كما أن قطع التقادم في مواجهة أحد المدينين المتضامنين لا ينتج أثره في مواجهة الآخرين. وسوف نرى فيما بعد أن القضاء الفرنسي قد تأثر كثيراً بهذه الأفكار.

أما بالنسبة لمسألة الرجوع، فإنه عندما يقوم أحد المدينين المتضامنين بالوفاء بكل الدين للدائن فإن هذا الدين ينقضي في مواجهة الجميع. لكن هل للمدين الموفي أن يرجع على الباقين كل بقدر حصته في الدين؟

المبدأ أنه ليس هناك رجوع فيما بين المدينين. وهذا الحل كان قاسياً لكن ما يخفف منه أن المدينين المتضامنين غالباً ما تجمعهم رابطة معينة، شركة، شيوع، وكالة....، ولذلك كان لمن يدفع منهم الدين أن يرجع على الآخرين بالدعوى الناشئة، عن هذه المراكز القانونية، ولذلك يمكن القول أنه في نطاق التضامن كان يوجد، بطريقة أو بأخرى، مساهمة حقيقية في الدين.

أما بالنسبة للالتزام التضاممي فإنه لا توجد مصلحة مشتركة من أي نوع بين المدينين المتضامنين، بل غالباً ما يجهلون هذا التضامم. ولذلك فإن المبدأ أنه ليس هناك أي رجوع ممكن فيما بين المدينين المتضاميـن.

٢ ـ في القانون الفرنسي القديم: إذا كانت التفرقة بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي لم تظهر بطريقة واضحة عند جميع الفقهاء، إلا أنها قد بقيت في ثنايا هذه الكتابات بطريقة غير ظاهرة، وإذا كان الفقهاء المتأخرون، والذين كانت تسيطر عليهم روح التبسيط، قد رفضوا هذه التفرقة إلا أنه لم يكن ينتابهم شك في قرارة أنفسهم بجدواها.

وعندما وضع التقنين المدني الفرنسي لم تظهر هذه التفرقة. ولكن على العكس من ذلك فإن المفسرين لم يقفوا عند ذلك الحد، وإنما بدأوا يتساءلون، على ضوء

المبادىء العامة عن مدى وجود هذه التفرقة بالرغم من صمت المشرع.

٣ - في القانون الفرنسي الحديث: تعرض التضامن لتطور كبير، والسبب في ذلك واضح، حيث أن هذا النظام يعطي للدائن ضماناً إضافياً ولكن دون أن يضر بالمدينين، وذلك لما سمح به من رجوع للمدين على باقي المدينين المتضامنين. وهذا الاتجاه نحو التطور لم يكن قاصراً على نطاق العقود أو النصوص الخاصة التي تقرره وإنما امتد إلى القضاء وخاصة في نطاق مسؤولية المرتكبين لجريمة أو شبه جريمة مدنية، حيث أن القضاء قد قرر في هذه الحالة التضامن فيما بين المتسببين بخطئهم في إحداث الضرر.

وإذا كان تطور التضامن في نطاق العقود لا غبار عليه حيث أن مرجعه هو إرادة الأطراف. كما أنه في حالات التضامن القانوني فإن المشرع وراء تقريره في هذه الحالة أو تلك، لكن تطور القضاء في نطاق المسؤولية المدنية وتقريره لمبدأ التضامن قد اصطدم بالمبدأ العام الذي يحكم التضامن وهو عدم افتراض هذا التضامن طبقاً لنص المادة ١٢٠٢ مدني فرنسي.

ولذلك انحسرت النظرية القضائية للتضامن. ومع ذلك بقي التساؤل قائماً حول وجود التضامن من عدمه في الحالات الأخرى غير حالة مسؤولية المرتكبين لجريمة مدنية كما هو الحال في الحالات الآتية:

١ - في الحالة التي يكون فيها للمضرور أن يرجع على الفاعل نفسه وأيضاً على الشخص المسؤول مدنياً عنه. فكل منهما مسؤول عن التعويض بالكامل عن الضرر الذي أصاب المضرور، فهل هم مسؤولون بالتضامن؟.

٢ - في حالة ما إذا تسبب الشيء المبيع في ضرر للمشتري ففي هذه الحالة يكون البائع مسؤولاً مسؤولية عقدية قبل المشتري كما أن الصانع لهذا الشيء، إذا كان العيب راجعاً إلى عيب في صناعته يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية عن هذا الضرر قبل المضرور، فهل هؤلاء مسؤولون بالتضامن؟

٣ - مسؤولية كل من الوالدين بالنفقة في مواجهة أولادهم، هل هم مسؤولون بالتضامن؟

وقد رأينا أن الفقه قد انتقد القضاء في التجائه إلى فكرة التضامن في مثل هذه

الحالات وغيرها، وذلك لمخالفته لنصوص القانون التي لا تجيز التضامن إلا بناء على اتفاق أو نص في القانون. لكن يجب ألا نقف عند هذه الحجة الشكلية فقط وإنما يجب أن نضيف إليها حجة حاسمة مستمدة من طبيعة التضامن ذاته في القانون الفرنسي.

فالتضامن بسبب آثاره الثانوية، يعتبر مجحفاً بالنسبة للمدين المتضامن إذ قد يجد هذا الأخير من يحتج في مواجهته بتصرف أو إجراء لم يعلم به أو لم يكن في استطاعته العلم به. وهذه الآثار الثانوية ترجع إلى فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر بين المدينين المتضامنين في القانون الفرنسي، وهذه الفكرة قد وضعت لصالح الدائن وليس لصالح المدين المتضامن، والغرض منها هو تقوية وتعزيز ضمان الدائن.

وعلى ذلك فإن نظام التضامن بهذه الصورة بنتائجه الثقيلة بالنسبة للمدينين المتضامنين، لا يمكن التوسع فيه، وبصفة خاصة بالنسبة للحالات التي عرضنا لها وغيرها من الحالات السابقة حيث يصعب افتراض النيابة التبادلية فيما بين المدينين وذلك لانتفاء المصلحة المشتركة فيما بينهم، لوجودهم في هذا المركز بمحض الصدفة وبدون علم مسبق من جانبهم.

ولذلك نجد أن كل من الفقه والقضاء في فرنسا اتجه إلى فكرة الالتزام التضاممي باعتبار أنه نظام متميز عن التضامن يمكن تقريره بالرغم من عدم وجود اتفاق أو نص في القانون عليه.

٤ ـ دور التضامم في القانون المصري: نحن نعلم أن دستور التضامن في القانون المصري هو ما جاء في نص المادة ٢٧٩ مدني والتي تنص على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون» وعلى ذلك انحصرت حالات التضامن في مصدرين: الأول: اتفاق الأطراف والثاني نص القانون.

والسؤال الآن هل هناك حاجة في القانون المصري تدعو إلى الأخذ بفكرة التضامم؟

الأصل أنه ليس هناك حاجة إلى الأخذ بهذه الفكرة وبصفة خاصة بعدما عالج التقنين المدني المصري أهم مصادر الالتزام التضاممي، وهو تعدد المسؤولين عن عمل ضار، حيث أن المادة ١٦٩ مدني مصري تنص على أنه «إذا تعدد المسؤولون عن

عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر» كما أن المشرع قد عالج الكثير من حالات الالتزام التضاممي في فرنسا مثل مسؤولية المهندس والمقاول عن تهدم المبنى (م ٦٥١) وحالة تعدد الوكلاء، ومسؤوليتهم قبل الموكل (م ١/٧٠٧) وغير ذلك من حالات التضامم، وقد فرض المشرع في كل هذه الحالات التضامن فيما بين المدينين. وبذلك يضيق نطاق الالتزام التضاممي إلى حد كبير كما أن النيابة التبادلية في القانون المصري ينحصر نطاقها فيما ينفع لا فيما يضر، فهي مقررة لمصلحة المدينين وليس لمصلحة الدائن كما هو الحال في القانون الفرنسي.

وبالرغم من كل ذلك فإن هناك سنداً تشريعي لوجود فكرة التضامم في القانون المصري فالمادة ٧٩٢ مدني تنص على أنه «إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم» ففي هذا الفرض نجد أن للدائن أكثر من مسؤول عن الدين، ويستطيع أن يرجع على من يشاء منهم ليطالبه بكل الدين بالرغم من عدم تضامنهم. ففي هذه الحالة نجد أن هؤلاء الكفلاء ملتزمين بالدين بالتضامم وليس بالتضامن.

كما أن الحياة العملية قد أفرزت العديد من تطبيقات الالتزام التضاممي منها:

١ ـ التزام أكثر من مدين بدين النفقة.

٢ ـ مسؤولية شركة التأمين، والمؤمن له قبل المضرور.

٣ ـ مسؤولية البائع، والصانع للشيء المبيع قبل المشتري عن العيوب في صناعة الشيء والتي تسبب له ضرراً.

٤ ـ مسؤولية كل من المحرض على الإخلال بالالتزام التعاقدي والمتعاقد المخل بالتزامه في مواجهة المتعاقد المضرور.

٥ ـ في الدعاوي المباشرة حيث يكون أمام الدائن شخصان مسؤولان عن الدين، المدين ومدين المدين.

٦ ـ مسؤولية المنيب والمناب قبل المناب لديه في الإنابة الناقصة.

٧ ـ مسؤولية كل من المدين والكفيل قبل كفيل الكفيل الذي أوفى بالدين للدائن.

والقاسم المشترك في هذه الحالات هو تعدد المدينين وبالتالي تعدد الالتزامات وتميزها، بالرغم من تماثلها، لاختلاف المصدر. ولذلك لا يمكن أن يكون هناك مجال لنظام التضامن.

ونختم هذا العرض بالسؤال التالي: هل يوجد في القانون المصري دوافع حقيقية، كما هو الحال في القانون الفرنسي، إلى التفرقة بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي؟ وهذا ما سوف نراه فيما بعد.

بعدما تحققنا من وجود فكرة الالتزام التضاممي في كل من القانون الفرنسي والقانون المصري، فالتساؤل الآن هو عن معيار التمييز بين التضامن والتضامم، ثم نعقب ذلك بالحديث عن انحسار أهمية هذه التفرقة من آثار على النظام القانوني في كل من القانون الفرنسي والمصري. وهذا هو موضوع الفقرات التالية.

ثانياً: التمييز بين التضامن والتضامم

هذه هي النظرية التي استقرت في كل من الفقه والقضاء الحديث. ونقطة البداية في هذه النظرية هي أنه إذا كان هناك تفرقة جديرة بالاتباع فأنها التفرقة بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي. ويرجع ذلك إلى أن هناك بعض المواقف التي لا يمكن أن تطبق فيها التضامن بجميع آثاره، وخاصة الثانوية منها، بالرغم من أن هناك عدة مدينين يجب عليهم الوفاء للدائن بكل الدين. ويحدث ذلك عندما ينشأ هذا الموقف، لا من الاتفاق أو من نص القانون، وإنما من طبيعة الأشياء ذاتها.

ونحن نرى أن خير وسيلة للوقوف على الخصائص العامة المميزة للتضامم هي محاولة المقابلة بينه وبين التضامن سواء من حيث طبيعته ومصدره، أو من حيث آثاره.

١ ـ الاختلاف بين التضامن والتضامم من حيث الطبيعة والمصدر:

إذا كان ما يجمع ما بين التضامن والتضامم هو أنه يوجد في كل من الالتزامين مدينون متعددون. وأن كل من هؤلاء المدينين مسؤول عن كل الدين في مواجهة الدائن، إلا أنه مع ذلك هناك اختلاف واضح بينهما من حيث المصدر ومن حيث الطبيعة.

فإذا كان نظام التضامن يقوم على الاتفاق أو القانون فإن نظام التضامم يقوم على طبيعة الأشياء ذاتها.

ففي التضامم يوجد على عاتق كل من المدينين، منذ البداية، التزام بكل الدين، التزام بأداء مماثل ولا يقبل التجزئة. ويرجع ذلك إلى تعاصر التزامات متميزة ولكنها ترمي إلى هدف واحد. ففي التضامم يجد مدينون متعددون أنفسهم ملتزمين في مواجهة شخص آخر بالتزامات متماثلة سواء نتيجة الصدفة المحضة أو نتيجة لظروف معينة لا دخل للدائن فيها.

بينما **في** التضامن الاتفاقي نجد أن هذا التضامن يرتكز على إتفاق مسبق بين المدينين والدائن على عدم انقسام الدين بينهم، بحيث يلتزم كل منهم بأداء الدين كاملاً. وهنا بالرغم من تعدد الروابط إلا أن كل المدينين يلتزمون بشيء واحد، بنفس الشيء. فإذا اقترض أخوان مبلغ ٢٠٠٠ جنيه من شخص آخر، فإن كل منهم يلتزم في مواجهته بمبلغ ١٠٠٠ جنيه طبقاً للقاعدة العامة وهي انقسام الدين. ولكن إذا اشترط الدائن عليهم التضامن ووافق المدينون على ذلك فأن كلاً منهما يصبح ملتزماً قبل الدائن بدفع المبلغ بالكامل ١٠٠٠+ ١٠٠٠.

أما في التضامم فأنه لا يكون هناك أي اتفاق مسبق بين المدينين والدائن بأن يضعوا ديونهم معا في دين واحد قبل الدائن، **ولكن كل واحد منهم مسؤول منذ البداية بالدين كله في مواجهة الدائن** فشركة التأمين مسؤولة عن تعويض الضرر بالكامل في مواجهة المضرور وذلك لأن عقد التأمين يلزمها بذلك، والمؤمن له مسئول في مواجهة المضرور وبتعويض الضرر بالكامل لأن القانون يلزمه بذلك وكذلك في حالة الالتزام بنفقة الأقارب فأننا نجد أن كل ابن مسؤول أمام أبيه بتأمين احتياجاته اللازمة لحياته. **ففي الالتزام التضاممي نجد أن كل مدين ملتزم، ليس بما هو ملتزم به المدين الآخر، وإنما بشيء مماثل لما هو ملزم به المديـن الآخر والدائن لا يستطيع أن يطالب به إلا مرة واحدة.**

ففي الالتزام التضاممي أن هناك تعددا في الروابط وأيضاً تعدداً في المحل، فهناك ديون متميزة بقدر ما هناك من أشخاص ملتزمين، وقد تكون هذه الديون من نفس الطبيعة (عقدية أو تقصيرية)، فكل التزام له محله الخاص به. بل وقد يكون ما هو ملتزم به أحد المدينين في مواجهة الدائن أقل مما هو ملتزم به المدين الآخر (فشركة التأمين مسؤولة عن

تعويض الضرر في مواجهة المضرور في حدود مبلغ معين متفق عليه في عقد التأمين بينما المؤمن له مسؤول قبل المضرور عن تعويض كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، وكذلك المستأجر من الباطن مسؤول في مواجهة المؤجر في حدود ما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي، بينما المستأجر الأصلي مسؤول في مواجهة المؤجر بالدين المستحق عليه أيا كان مبلغه).

ففي الالتزام التضاممي **يكون كل مدين مستقلاً تماماً عن المدينين الآخرين،** وذلك لأنه غالبا ما تنشأ التزاماتهم نتيجة ظروف معينة أو بمجرد الصدفة المحضة. وبناء عليه **فإنه لا يمكن أن توجد بين هؤلاء المدينين مصلحة مشتركة، كما هو الحال في التضامن الاتفاقي،** وبالتالي **لا يمكن أن تقوم بينهم فكرة النيابة التبادلية الموجودة في التضامن، ولذلك لا ينشأ من التضامم أي من الآثار الثانوية المرتبة على التضامن.** وهذا ما سنراه في الفقرة التالية.

٢ ـ الاختلاف بين التضامن والتضامم من حيث الآثار

في الالتزام التضاممي كما هو الشأن في الالتزام التضامني نجد أن للدائن أن يرجع على أي من المدينين ليطالبه بالدين كله وأن وفاء الدين الذي يتم من أحدهم يبرىء ذمة الآخرين.

لكن وجه الخصوصية في الالتزام التضاممي، في هذا الصدد، يرجع إلى طبيعته، حيث أن كل مدين ملتزم في مواجهة الدائن ليس بنفس الشيء، وإنما بشيء مماثل أو مشابه، وبالرغم من ذلك فان الدائن لا يستطيع أن يطالب به إلا مرة واحدة.

بالنسبة للتضامن فانه يوجد بين المدينين مصلحة مشتركة وبالتالي نيابة تبادلية فيما بينهم، ولذلك فإنه ينشأ عن هذه النيابة آثار ثانوية، وهذه الآثار منها ما هو منصوص عليه في القانون ومنها ما هو مضاف بواسطة القضاء، كما أنها تشكل عبئاً ثقيلا على كاهل المدينين في الوقت الذي تعزز فيه ضمان الدائن وتقوية. وهذا الكلام يصدق على التضامن في القانون الفرنسي.

أما بالنسبة للتضامم فانه لا ينتج أي من هذه الآثار الثانوية وذلك لانتفاء المصلحة المشتركة بين المدينين، وبالتالي النيابة التبادلية فيما بينهم وهذا الاختلاف الجوهري هو الذي دفع القضاء الفرنسي إلى الالتجاء إلى فكرة الالتزام التضاممي

خارج نطاق كل اتفاق أو نص في القانون.

وهناك فارق جوهري آخر بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي فيما يتعلق بمسألة الرجوع فيما بين المدينين.

فبالنسبة للتضامن، فإنه بالنظر إلى طبيعته لا يقوم إلا في العلاقة ما بين الدائن أو المدينين المتضامنين، أما في علاقة المدينين بعضهم ببعض، فإن الدين ينقسم عليهم، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين، كل بقدر حصته، على النحو السابق بيانه.

أما بالنسبة للتضامم فالمبدأ هو عدم الرجوع حيث أن كل مدين من المدينين المتضامنين يفي، غالباً، بما هو ملتزم به، بدين نفسه، قبل الدائن. وبالرغم من هذا التصور التقليدي للالتزام التضاممي، فإن القضاء الفرنسي قد أرسى مبدأ الرجوع في حالات التضامم في نطاق المسؤولية المدينة، بل وقد كاد أن يجعله إلى عهد قريب شرطا لوجود التضامم ذاته في هذا النطاق. وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية في الوقت الحاضر على النظرية التقليدية للالتزام التضاممي للمسؤولين عن نفس الضرر دون نظر فيما إذا كان هناك دعوى رجوع من عدمه، ولكنها في نفس الوقت قد أقرت الرجوع على نطاق واسع[١].

الخلاصة: استقرار القانون الفرنسي والمصري على النظرية التقليدية في التضامم مع الاختلاف في الوسيلة والنتيجة:

في القانون الفرنسي: قد لجأ القضاء الفرنسي إلى فكرة الالتزام التضاممي حيث أراد، في مواقف مشابهة تماماً للتضامن، أن يعطي للدائن الضمان اللازم للحصول على حقه، وذلك حتى يجنبه مخاطر إعسار أحد المدينين، وفي الوقت نفسه دون أن يثقل كاهل المدينين المتضامنين بالعبء الثقيل للآثار الثانوية التي تنشأ عن التضامن.

وبهذه الطريقة استطاع القضاء الفرنسي أن يتجنب الاصطدام المباشر مع مبدأ عدم افتراض التضامن (م ١٢٠٢ مدني فرنسي)، حيث أن التضامم، وإن كان يشبه التضامن، إلا أنه ليس نوعا منه. وبالتالي ليس هو في حاجة إلى اتفاق أو نص ليقرره.

---

(١) انظر بحثنا السابق الإشارة إليه، بصفة خاصة ص ٥٤ هامش ٣٩، ٤٠.

في القانون المصري: قد اتسع نطاق التضامن ليشمل العديد من الحالات التي تدخل في نطاق التضامم في القانون الفرنسي، وقد ترتب على ذلك أن أصبح نطاق التضامم في القانون أوسع بكثير منه في القانون المدني المصري. وبالعكس نجد أن نطاق التضامن في القانون المدني المصري أوسع منه بكثير في القانون الفرنسي. وهذا الاختلاف في نطاق كل من التضامن والتضامم في كل من القانونين يرجع إلى اختلاف طبيعة الأحكام المنظمة للتضامن والفلسفة التي يقوم عليها هذا التنظيم فالتضامن في فرنسا كوسيلة ضمان شخصي أقوى منه بكثير في القانون المصري.

وبالرغم من اتساع نطاق التضامن في القانون المدني المصري إلا أنه وجدت حالات يتعدد فيها المدينون لأي سبب كان، ويكون كل واحد منهم مسؤولاً عن الدين كله قبل الدائن ودون أن يكون هناك اتفاق أو نص على التضامن، وهذه الحالات تقابل بطبيعة الحال فكرة التضامم.

وتتجلى أهمية التفرقة بين التضامن والتضامم في القانون المصري في استبعاد الآثار الثانوية وذلك لانتفاء المصلحة المشتركة بين المدينين، والتي تبرر النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر كما نظمها القانون المدني المصري، كما أن الرجوع بين المدينين المتضامنين ليس نتيجة حتمية، كما لا يعتبر مبدأ عاماً، كما أنه يمكن أن يكون رجوعاً في اتجاه واحد[1].

وقد ترتب على الأخذ بفكرة التضامم في القانون المدني المصري أن أصبح مركز المدين المتضامم في القانون المصري أسوأ من مركز المدين المتضامن، ويرجع ذلك إلى أن الآثار الثانوية التي استبعدت في التضامم كانت مقررة لمصلحة المدينين المتضامنين لا لمصلحة الدائن. وذلك على عكس الحال في القانون الفرنسي.

ولذلك قد كان لموقف القضاء الفرنسي في التجائه إلى التضامم ما يبرره حيث أنه لجأ إلى التضامن دون اتفاق أو نص في الحالات التي تشبه التضامن ليحقق الضمان اللازم للدائن ودون أن يثقل كاهل المدينين المتضامنين بالآثار الثانوية الناشئة عن التضامن، وبذلك قد تفادى القضاء الفرنسي الاصطدام بمبدأ افتراض التضامن.

أما في مصر فأننا قد وقعنا في تناقض واضح، حيث أنه أردنا بإقرار التضامم

(١) انظر بحثنا السابق الإشارة إليه، ص ١٠٢.

تجنب الاصطدام بنص المادة ٢٧٩ مدني والتي تنص على أن التضامن لا يفترض، إذ بنا ندخل في القانون المصري نوعا من الضمان الشخصي أقوى بكثير من التضامن دون نص أو اتفاق.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هل هذه التفرقة التقليدية بين التضامم والتضامن ما زالت تحتفظ بأهميتها إلى الآن في القانون الوضعي؟ أم هناك ما يدل على انحسارها؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثالثاً ـ انحسار أهمية التفرقة بين التضامن والتضامم

وفي هذا الصدد سنعرض لمظاهر هذا الانحسار، ثم نقف بعد ذلك على آثار هذا الانحسار.

١ ـ مظاهر هذا الانحسار:

نستطيع أن نتتبع مظاهر هذا الانحسار فيما يتعلق بالأساس القانوني للتضامم، وفيما يتعلق باستبعاد الآثار الثانوية للتضامن، والرجوع بين المدينين المتضامنين وأخيراً فيما يتعلق برقابة محكمة النقض على التفرقة بين التضامن والتضامم.

أ ـ فيما يتعلق بالأساس القانوني للتضامم : من الثابت أن التضامن بين المدينين يعتبر من أقوى أنواع الضمانات الشخصية لما يكفله للدائن من ضمان الحصول على حقه، كما أنه يجنبه مخاطر إعسار أحد المدينين وتعدد الإجراءات وكثرة النفقات، أما بالنسبة للتضامم فإن النظرية التقليدية تنظر إليه على أنه من طبيعة الأشياء ذاتها.

وقد اتجه الفقه في الآونة الأخيرة إلى القول بأن الأساس الذي يقوم عليه الالتزام التضاممي هو إعطاء المضرور أقصى فرصة ممكنة للتعويض عما أصابه من ضرر. هذا يعني أنه يجب أن نعزز ضمان المضرور في الواقع بتأمينه ليس فقط من آثار الحادث الذي وقع له وإنما أيضاً ضد مخاطر إعسار أحد المسؤولين عن الحادث.

وهكذا قد وصل التطور بالأساس القانوني للالتزام التضاممي في فرنسا إلى حد جعله يتشابه، إن لم يكن يتطابق مع الأساس القانوني للتضامن ولذلك نرى أن التفرقة بين التضامن والتضامم قد فقدت الكثير من أهميتها في هذا المجال.

ب ـ فيما يتعلق باستبعاد الآثار الثانوية للتضامن:

اتجه القضاء في فرنسا إلى ترتيب بعض الآثار الثانوية للتضامن على التضامم مما أدى إلى القضاء على أهم عنصر من عناصر التفرقة بين التضامن والتضامم[1].

جـ ـ فيما يتعلق بالرجوع فيما بين المدينين: بعد أن اتسع نطاق تطبيق التضامم في مجال المسؤولية المدنية قد تطور القضاء الفرنسي في هذا الصدد تطور كبيراً بأن أقر مبدأ الرجوع فيما بين المدينين على نطاق واسع. وقد أسس القضاء الرجوع فيما بين المدينين المتضامنين على أساس الحلول القانوني الوارد في نص المادة ٣/١٢٥١ مدني فرنسي، وبعض الأحيان سمح بالرجوع بينهم على أساس الدعوى الشخصية ولكن دون أن يذكر الأساس القانوني لذلك[2].

د ـ فيما يتعلق برقابة محكمة النقض على التفرقة بين التضامن والتضامم: كانت محكمة النقض الفرنسية مستقرة على رقابة الأحكام التي تقرر التضامن في حالات لم تتعلق إلا بالالتزام التضاممي، أي أنها تعتبر التفرقة بينهما مسألة قانونية تخضع لرقابتها. وقد انتهى التطور إلى أنه لم يعد استعمال اصطلاح التضامن في الحالات التي يجب القضاء فيها بالتضامم سبباً موجباً للنقض، واستقرت سياسة محكمة النقض في الوقت الحالي على أنه مجرد استعمال غير دقيق للمصطلحات من جانب قضاة الموضوع لا يستوجب النقض، وإنما يمكن تصحيحه باستعمال المصطلح الصحيح.

٢ ـ آثار هذا الانحسار:

وسندرس هنا ما انتهى إليه التطور من تعارض واضح مع مبدأ عدم افتراض التضامن، ثم نبحث بعد ذلك كيفية التغلب على هذه العقبة في فرنسا ومصر.

أ ـ التعارض الواضح مع مبدأ عدم افتراض التضامن: من خلال تتبعنا لمظاهر انحسار أهمية التفرقة بين التضامن والتضامم نستطيع أن نقول أن هناك في الوقت الحاضر اتجاهاً قوياً في فرنسا، بدأت تتضح معالمه نحو التقريب بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي.

---

(١) انظر بحثنا السابق الإشارة إليه، ص ١٠٥، ١٠٦.
(٢) المرجع السابق، ص ١٠٨ هامش ٨٧، ٨٨.

في مصر نجد أن القضاء لم يتشدد في التمسك بمبدأ عدم افتراض التضامن، فنجد محكمة النقض المصرية تقضي بأنه ليس في القانون ما يمنع من مسؤولية مدينين متعددين عن دين واحد وتضامن هؤلاء المدينين في الدين دون تضامن بينهم، ويصبح كل منهم بمقتضى ذلك مسؤولاً عن كل الدين قبل الدائن، ويكون لهذا الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما[1].

كما أننا وجدنا، بعد التحليل الدقيق، أن مركز المدين المتضامم في القانون المصري، أسوأ من مركز المدين المتضامن وذلك على النحو السابق بيانه.

وإذا كان المحرك الرئيسي للقضاء الفرنسي في التجائه إلى فكرة الالتزام التضاممي هو عدم الاصطدام بمبدأ عدم افتراض التضامن (م ١٢٠٢ مدني فرنسي)، مع توفير الضمان اللازم للدائن في الحصول على حقه دون أثقال لكاهل المدينين المتضامنين وذلك باستبعاده للآثار الثانوية الناشئة عن التضامن، على اعتبار أن التضامم ليس نوعاً من التضامن، وإنما يمثل نظاماً قانونياً مستقلاً، إلا أن التطور الذي انتهى القضاء الفرنسي إليه يسير في الاتجاه المضاد لذلك تماماً.

كما أن الوضع في القانون المدني المصري أصبح شاذاً للغاية، إذ باستبعاد الآثار الثانوية للتضامن، والتي تقوم على النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، قد أدى إلى أن التضامم أصبح يقدم للدائن ضماناً أقوى بكثير مما يقدمه التضامن ودون اتفاق أو نص قانوني عليه.

ونستطيع أن نقرر الآن أن تطور الالتزام التضاممي في فرنسا سيؤدي به إلى الاصطدام المباشر مع مبدأ عدم افتراض التضامن (م ١٢٠٢ مدني فرنسي). أما في مصر فإن الالتزام التضاممي منذ نشأته، وهو يصطدم اصطداماً مباشراً بمبدأ عدم افتراض التضامن (م ٢٧٩ مدني).

ب ـ كيفية إزالة هذا التعارض: بالرغم من أن تطور الالتزام التضاممي يسير بخطى واسعة نحو الاصطدام المباشر بمبدأ عدم افتراض التضامن، إلا أن مرونة صياغة نص المادة ١٢٠٢ مدني فرنسي والدور الإنشائي المعهود للقضاء الفرنسي يمكنهما التغلب على هذه العقبة.

---

(١) نقض في ٢١/٣/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٥٦٩.

فالمادة ١٢٠٢ فرنسي تنص على أن «التضامن لا يفترض وإنما ينبغي الاتفاق الصريح عليه». ولا يحد من تطبيق هذه القاعدة إلا الحالة التي يتم فيها التضامن بقوة القانون طبقاً لنص القانون.

وإذا نظرنا إلى عبارة هذا النص نجد أنه بصدد التضامن الاتفاقي يشترط الاتفاق الصريح عليه، بينما بصدد التضامن الذي يتم بقوة القانون لم يتطلب أن يكون ذلك بناء على نص صريح وإنما تكلم على أن يكون ذلك طبقاً لنص في القانون. وحيث أن التضامم يقع في معظم الأحوال نتيجة لتطبيق نصوص قانونية. كما أن الحالات الأخرى تنشأ من طبيعة الأشياء، فأنه يمكن إدخال التضامم في نطاق التضامن الذي يتم بقوة القانون.

وخاصة إذا أخذنا في الاعتبار، إلى جانب هذا التفسير، الدور الإنشائي المعهود للقضاء الفرنسي، فأنه يمكننا أن نقرر أن هناك إمكانية للاجتهاد وإيجاد مخرج في القانون الفرنسي.

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فإن التنظيم القانوني التفصيلي للتضامن بين المدينين، وتغطية معظم وأهم حالات التضامم، في القانون الفرنسي، بنصوص قانونية تفرض فيها التضامن لم يجعل للتفرقة بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي أهمية تذكر. بل أكثر من ذلك نجد أنه في حالات التضامم أن مركز المدين المتضامم أسوأ من مركز المدين المتضامن وأصبح الوضع مقلوباً ، حيث أن ضمـان الدائن في الالتزام التضاممي أقوى منه في الالتزام التضاممي وهو مقرر دون اتفاق أو نص في القانون.

بالإضافة إلى ذلك فإن نص المادة ٢٧٩ مدني قاطع الدلالة على أن التضامن لا يفترض، وإنما يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون. وبالتالي فلا محل للاجتهاد. زد على ذلك أن القضاء في مصر، في غالب الأحوال، يعتبر قضاء محافظاً لا يميل إلى الإنشاء، وإنما يعتمد غالباً على نصوص القانون وتفسيرها وفقاً لقواعد التفسير الضيق. ولذلك فانه ليس هناك إمكانية لإزالة التعارض الواضح بين فكرة الالتزام التضاممي ومبدأ عدم افتراض التضامن إلا عن طريق تدخل تشريعي لتعديل النص القانوني الحالي حتى يتسع ليشمل أيضاً حالات التضامم، ونحن نقترح تعديل النص الحالي

على النحو التالي «التضامن لا يفترض إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون أو يستخلص بوضوح من الظروف».

ولقد كان المشرع اللبناني موفقاً بالنص في المادة ٢٤ موجبات وعقود على «أن التضامن بين المديونين لا يؤخذ بالاستنتاج بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية».

وهذا التعديل المقترح يعطي للقاضي سلطة إدخال جميع حالات التضامم في نطاق التضامن، وبالتالي تخضع لنظامه القانوني كما أن هذه الصياغة تتفق مع طبيعة الالتزام التضاممي حيث أنه ينشأ من طبيعة الأشياء، وبالتالي لا يقع تحت حصر، وإنما يجب أن نترك المجال مفتوحاً لما يجد من حالات، وذلك إذا ما توافرت شروطها أخذت حكم التضامن. وبذلك يستقيم الوضع وتصبح التفرقة بين التضامن والتضامم مجرد تفرقة نظرية محضة تنصب على الاختلاف في النشأة دون الأحكام.

المطلب الثالث: التضامن الإيجابي

ـ تشابه أحكامه مع التضامن السلبي وندرته في العمل:

ويتفق التضامن الإيجابي مع التضامن السلبي في المصدر، كما أن المبادىء التي تحكم التضامن السلبي هي ذاتها التي تحكم التضامن الإيجابي بين الدائنين، والمبادىء الثلاثة التي تحكم التضامن الإيجابي هي: وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وهذه هي المبادىء التي تحكم علاقة المدين بالدائنين المتضامنين، أما فيما يتعلق بعلاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم فالقاعدة هي انقسام الدين.

والتضامن الإيجابي نادر الوقوع في العمل، إذ فائدته الحقيقية إنما تعود على المدين وحده، إذ هو يسهل عليه إبراء ذمته بوفاء الدين كله لأي من الدائنين المتضامنين. أما بالنسبة للدائنين فهذا التضامن قد يعرضهم للخطر إذا ما استوفى أحدهم الدين ثم أعسر قبل أن يوفي لشركائه حصصهم، ولذلك أعطت المادة ٢٨٠ مدني لأي من الدائنين أن يمانع في أن يتم الوفاء لأحدهم. ولنر هذه الأحكام بالتفصيل.

أولاً: علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

يحكم هذه العلاقة ثلاثة مبادىء، وحدة الدين، تعدد الروابط، النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

١ ـ وحدة الدين:

مقتضى مبدأ وحدة الدين أن يكون لكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالوفاء بكل الدين (م ٢٨١/ ١ مدني). وفي مقابل ذلك يجوز للمدين أن يوفي الدين كله لأي منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء قبلهم جميعاً (م ٢٨٠/ ١ مدني).

غير أنه يرد على هذا المقتضى بشقيه عدة قيود:

أولاً: إن انقضاء الدين بالنسبة للدائنين جميعاً إذا قام المدين بوفائه لأي منهم مقيد بألا يكون قد مانع أحدهم في ذلك الوفاء (م ٢٨٠/ ١ مدني) وإلا فلا تبرأ ذمة المدين قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي تم الوفاء له. وإذا أراد المدين أن يتخطى هذه العقبة عليه الوفاء للدائنين مجتمعين أو إيداعه الشيء محل الالتزام(١). مع مراعاة أنه لا يشترط في اعتراض الدائن المانع أي شكل خاص(٢).

ثانياً: اتخاذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة يوجب عليه أن يوفي الدين كله لهذا الدائن أو لمن انضم إليه في تلك الإجراءات من الدائنين الآخرين. ويترتب على ذلك أنه لا يحتج بوفاء أداه المدين لدائن آخر بعد المطالبة إلا بقدر حصة الدائن الموفي له(٣).

ثالثاً: وفاة أحد الدائنين المتضامنين يترتب عليه انقسام الدين بين ورثته. فالتضامن الإيجابي لا يحول دون هذا الانقسام (م ٢٨٠/ ٢ مدني) ومقتضى هذا الحكم أنه لا يجوز لأي من ورثة الدائن المتضامن أن يطالب المدين إلا بقدر حصته في

(١) وذلك قياساً على ما جاء في المادة ٣٠٢/ ١ في شأن عدم القابلية للانقسام، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٢٣٤، وقارن السنهوري، الوسيط، جـ٣ فقرة ١٣٣ ص ٢١٥ هامش ٢.

(٢) انظر: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٢٣٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨١، ص ٤٣٢.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨١ ص ٤٣٢، ٣٤٣.

الميراث. كما أنه لا يجوز للمدين أن يوفي لأي منهم إلا بقدر هذا النصيب. أما باقي الدائنين المتضامنين فإن مبدأ وحدة الدين يظل يحكم العلاقة فيما بينهم وبين المدين، فيجوز لأيهم أن يطالب المدين بكل الدين، كما يجوز للمدين أن يوفي بكل الدين لأحدهم.

٢ ـ تعدد الروابط:

يجب أن نؤكد أيضاً في هذا الصدد أن وحدة الدين التي تترتب على التضامن لا تحول دون تعدد الروابط (نتيجة لتعدد الدائنين) التي تربط الدائنين بالمدين واستقلال كل رابطة عن الأخرى. وتتجلى مظاهر هذا التعدد وذلك الاستقلال، في الاعتداد بالوصف الذي يلحق رابطة كل دائن بالمدين، وفي قصر براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين لسبب غير الوفاء على حصة هذا الدائن.

أ ـ الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة:

يترتب على استقلال رابطة كل دائن بالمدين عن رابطة غيره من الدائنين وجوب اعتداد كل دائن بالوصف الذي يلحق رابطته، ويعدل من أثر الالتزام في مواجهته (م ٢٨١/ ١ مدني). من ذلك أن يكون الدين بالنسبة إليه معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل.

ومن مقتضى هذا الاستقلال أيضاً أنه لا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن لا يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً. (م ٢٨١/ ٢ مدني). من ذلك أن يشوب إحدى الروابط عيب لا يمس الروابط الأخرى. ، كما يوقع المدين في غلط يجيز له أن يطلب إبطال العقد بالنسبة لبعض الدائنين فحسب، بأن كان البعض على علم بهذا الغلط وكان البعض الآخر لا يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدني). فإذا كان العيب خاصاً برابطة أحد الدائنين كان الدفع المبني عليه دفعاً خاصاً لا يحتج به إلا على هذا الدائن. على عكس الدفوع المشتركة، كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية المحل مثلاً[1].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص ٣٤٣، ٣٤٤.

ب ـ قصر براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين لسبب غير الوفاء على حصة هذا الدائن:

من مقتضى تعدد الروابط أن انقضاء رابطة أحد الدائنين المتضامنين، دون أن يوفي المدين الدين، وبسبب خاص بهذا الدائن، لا ينصرف أثره إلى الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن (م ٢٨٢/٢ مدني). وبذلك يكون المشرع قد قصر أثر التضامن الإيجابي في صلة الدائنين المتضامنين بالمدين على استيفاء الدين، فإذا استوفاه أحدهم من المدين برأت ذمة هذا الأخير قبلهم جميعاً.

وعلى ذلك فالتجديد الذي ينعقد بين المدين وأحد الدائنين المتضامنين لا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا بالنسبة لهذا الدائن وحده، ويبقى الالتزام القديم قائماً بالنسبة لباقي الدائنين فيجوز لأي منهم أن يطالب المدين بعد استنزال حصة الدائن الذي اتفق على التجديد. وتنطبق هذه القاعدة على المقاصة التي تقع بين المدين وأحد الدائنين، وعلى اتحاد الذمة، وعلى الإبراء. وبالمثل إذا انقضى التزام المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بالتقادم، ولم ينقض بهذا السبب قبل غيره من الدائنين، لعدم استكمال مدته بالنسبة لهم بسبب عدم استحقاق حقهم أو لوقف التقادم أو انقطاعه في مواجهتهم، فإنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالتقادم في مواجهتهم إلا بقدر حصة هذا الدائن[1].

٣ ـ النيابة التبادلية:

ـ المبدأ: اقتصار النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر. وقد نصت المادة ٢٨٢/٢ على ذلك صراحة بأنه «لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الأضرارا بالدائنين الآخرين».

ـ تطبيق المبدأ: الشق الأول، تقوم فكرة النيابة التبادلية على ما يحقق مصلحة الدائنين المتضامنين. ولذلك إذا أعذر أحد هؤلاء الدائنين المدين استفاد الباقون من هذا الأعذار. وبالمثل إذا قطع أحد الدائنين التقادم المسقط انقطع بالنسبة للباقين. كما

(١) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٦٢ ص ٢٣٦، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص ٣٤٤، ٣٤٥، وانظر عكس ذلك، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، جـ ١ ص ٢٢١ ـ ٢٢٢.

إذا طالب أحدهم بفوائد الدين سرت هذه الفوائد بالنسبة لهم جميعاً من وقت هذه المطالبة. وإذا أقر المدين بالدين في مواجهة أحدهم أفاد من ذلك الباقون. وإذا صدر حكم لصالح أحدهم استفاد منه الباقون، ما لم يكن هذا الحكم مبنياً على سبب خاص بهذا الدائن.

ـ الشق الثاني يقوم على أستبعاد النيابة التبادلية فيما يضر. وعلى ذلك إذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي الدائنين. وكذلك إذا صدر حكم لصالح المدين ضد أحدهم فلا يسري على غيره من الدائنين. وإذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلف أن الدين غير موجود فلا يضار بذلك باقي الدائنين.

ثانياً ـ علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

ـ **المبدأ: انقسام الدين:**

وقد نصت المادة ٢٨٣ مدني على أن «١ ـ أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه» «٢ ـ وتكون القسمة بينهم بالتساوي إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

وعلى ذلك يكون رجوع الدائنين المتضامنين على بعضهم وفقاً للاتفاق الذي تم بينهم أو النص إن كان هناك نص، وإلا تتم القسمة بينهم بالتساوي. وهذا الرجوع لا يكون إلا بدعوى شخصية، دعوى الوكالة إذ أمكن استخلاص وكالة ضمنية، وإلا فدعوى الفضالة، ولا تتصور دعوى الحلول بداهة في التضامن الإيجابي[1]، حيث أن الحلول لا يتصور إلا في الوفاء عن الغير لا في الاستيفاء عن الغير.

أما إذا كان أحد الدائنين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فلم يكن الآخرون إلا مجرد وكلاء في القبض، فلا يكون لهم عليه رجوع إن قد استوفى الدين، وله أن يرجع بالدين كله على من استوفاه من الآخرين[2]. وقد عالج القانون

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٤ ص ٣٤٦.
(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٦٦ ص ٢٣٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٤ ص ٣٤٦.

اللبناني التضامن بين الدائنين في المواد ١١ ـ ٢٢ موجبات وعقود وهي لا تخرج عما سبق معالجته في التضامن بين الدائنين إلا فيما يخص أسباب الانقضاء بأن أعطى المشرع اللبناني المقاصة والوفاء بمقابل وتجديد الدين وأيداع الشيء حكم الوفاء من حيث انقضاء الالتزام قبل جميع الدائنين (م ١/١٣ موجبات وعقود) أما غير ذلك في أسباب الانقضاء كالإبراء واتحاد الذمة والتقادم فإن أثرها في العلاقة بين المدين والدائنين المتضامنين قاصر على انقضاء الدين بقدر حصة الدائن الذي تحقق في شأنه هذا السبب فقط.

المبحث الثاني: عدم القابلية للانقسام

ـ الالتزام القابل للانقسام وغير القابل للانقسام:

لا تثور مشكلة التفرقة بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل للانقسام إلا حيث يتعدد أحد طرفي الالتزام أما إذا كان هناك دائن واحد أو مدين واحد فإنه لا أهمية لكون الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل لأنه في جميع الأحوال يجب على المدين أن يوفي بالالتزام كله حتى ولو كان قابلاً للانقسام، كما لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي (م ١/٣٤٢ مدني).

أما إذا تعدد أحد طرفي الالتزام أو كلاهما فانه يتعين التفرقة بين الالتزام القابل للانقسام وغير القابل له. فإذا كان الالتزام قابلاً للانقسام (وغير تضامني أو تضاممي) فلا يجوز لأي من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين إلا بقدر حصته في الدين، ولا يجوز إلزام أي مدين من المدينين المتعددين إلا بوفاء نصيبه في الدين. أما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام جاز لكل دائن من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين بوفاء الدين كاملاً، كما يجوز إلزام أي مدين من المدينين المتعددين بوفاء كامل الدين للدائن.

وعلى ذلك يجب الوقوف على أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام، ثم معرفة الآثار التي ترتب على ذلك. وأخيراً تعقد مقارنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن.

المطلب الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

ترجع أسباب عدم الانقسام إلى أحد سببين: ١ ـ أما إلى طبيعة المحل (م ٣٠٠/ ١ مدني مصري م ٧٠/ أولاً موجبات وعقود لبناني) ٢ ـ وأما إلى اشتراط المتعاقدين ذلك (م ٣٠٠/ ب مدني مصري، م ٧٠/ ثانياً موجبات وعقود لبناني).

أولاً ـ عدم الانقسام الطبيعي:

وعدم الانقسام الطبيعي يرجع إلى أن محل الالتزام لا يقبل بطبيعته أن ينقسم اما لأن المحل يستعصي على التجزئة فلا يتصور تجزئته، واما لأن المحل ـ وإن كان يقبل الانقسام ـ إلا أنه امتنع تجزئته لنظر المتعاقدين إليه ككل لا يقبل التجزئة بسبب الغرض المقصود منه. على ذلك فإن عدم القابلية للانقسام تكون في الحالة الأولى، مطلقة، وفي الحالة الثانية نسبية.

١ ـ عدم الانقسام المطلق: يرجع يذلك إلى طبيعة المحل ذاته. مثال ذلك الالتزام بامتناع عن عمل حيث أن أي مخالفة جزئية لهذا الالتزام تعتبر مخالفة للالتزام في جملته، فلا يتصور انقسام الالتزام بعدم المنافسة للمشتري في حالة تعدد بائعي المحل التجاري مثلاً. أما بالنسبة للالتزام بعمل فانه قد لا يقبل المحل بطبيعته الانقسام، كما في الالتزام بتسليم حيوان حي. أما الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه على شيء، أي الالتزام بإعطاء، فيندر أن يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله، مثال ذلك الالتزام بتقرير حق ارتفاق.

٢ ـ عدم الانقسام النسبي: وهذا لا يرجع إلى طبيعة محل الالتزام وإنما يرجع إلى الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان. مثال ذلك التزام المقاول ببناء المنزل، فهذا الالتزام من الممكن تجزئته وفقاً لمراحله المتعاقبة، ومع ذلك فالتزام المقاول لا يقبل التجزئة بالنظر إلى الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان وهو المنزل بأكمله، فإذا تعهد مقاولان ببناء منزل وفقاً لمواصفات معينة فلا ينقسم الالتزام عليهما وإن لم يشترط التضامن بينهما، إذ يجوز لرب العمل أن يطالب أياً منهما ببناء المنزل كاملاً وفقاً للمواصفات المتفق عليها. ومن ذلك أيضاً أن يتعهد مؤلفان لناشر بوضع مؤلف في موضوع معين فهذا الالتزام لا يقبل الانقسام بالنظر إلى الغرض منه.

ثانياً: عدم الانقسام المشروط:

ويرجع عدم الانقسام في هذه الحالة إلى مجرد الاتفاق على عدم تجزئة الوفاء. فعدم الانقسام لا يرجع هنا إلى طبيعة المحل المطلقة أو النسبية، وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمنياً يستخلص من ظروف التعاقد، وبصفة خاصة من الغرض المقصود من الالتزام، كما لو اشترى شخص أرضاً من عدة ملاك وكان مفهوماً في العقد أنه قد قصد أن يقيم عليها مصنعاً، فلا يجوز الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة، بل يجب الوفاء بالكل[1].

واشتراط عدم الانقسام قد يقصد به تحقيق مصلحة للدائن، وهذا هو الغالب إذ يكون للدائن في هذه الحالة مطالبة أي مدين من المدينين المتعددين بأداء كامل الالتزام، وقد يقصد به تحقيق مصلحة المدين حتى لا يضطر إلى تقسيم الوفاء على دائنيه المتعددين من ذلك اشتراط الشركات عدم تجزئة الأسهم والسندات عند وفاة صاحبها عن عدة ورثة، مقتضى ذلك أن الشركة غير ملزمة بتقسيم الأرباح والفوائد على الورثة وإنما تقوم بالوفاء بها جملة واحدة.

المطلب الثاني: آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام

إن الأثر الجوهري لعدم القابلية للانقسام هو وجوب الوفاء به جملة واحدة، فالالتزام غير القابل للانقسام لا يقبل الوفاء الجزئي وتظهر أهمية عدم القابلية للانقسام عندما يتعدد الدائنون أو المدينون كما سبق أن رأينا. ولنر ذلك تفصيلاً.

أولاً: حالة تعدد المدينين:

نستطيع أن نستخلص من ذلك أن الآثار التي تترتب على هذه القابلية للانقسام عند تعدد المدينين تشتبه بآثار التضامن السلبي من حيث أن كل مدين في علاقته بالدائن يكون مسؤولاً عن الدين كله (وحدة الدين) كما أن ذلك لا ينفي اختلاف رابطة بعض المدينين على رابطة البعض الآخر (تعدد الروابط).

أما بالنسبة للنيابة التبادلية بين المدينين في صلتهم بالدائن قد اختلف الفقهاء

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٥ ص ٣٤٨.

حول مدى انطباقها في حالة عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين. فيذهب البعض إلى استبعادها[١]، بينما يرى البعض الآخر أنه يمكن الأخذ بها في الحدود المقررة في شأن التضامن، أي فيما ينفع دون ما يضر[٢]، وهناك فريق آخر يرى أنه ليس للخلاف في الواقع إلا أهمية عملية محدودة لأنه إذا أخذنا بفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر، وجب مع ذلك مراعاة السبب الذي يرجع إليه عدم القابلية للانقسام، فإذا كان السبب يرجع إلى طبيعة المحل، كان للدائن مطالبة أي مدين بكامل الالتزام، ولو كان هذا الالتزام قد انقضى بالنسبة إلى غيره من المدينين بالتقادم، أما إذا كان عدم الانقسام عرضياً أي مشروطاً فيجوز لمن يطالبه الدائن بوفاء الدين أن يستنزل منه حصة من انقضى الالتزام بالنسبة إليه بالتقادم[٣].

نحن نرى أن الوضع الصحيح للمسألة يكمن في البحث على الأساس الذي ترتكز عليه فكرة النيابة التبادلية في التضامن. وقد سبق أن رأينا أن الأساس الذي يفسر فكرة النيابة التبادلية بين المدينين هو المصلحة المشتركة بين هؤلاء المدينين. ولهذا السبب استطاع الفقه الفرنسي إرجاع النصوص الواردة في هذا الصدد إلى فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر. كما أن القضاء الفرنسي انطلق من هذا الأساس وراح يستخلص النتائج المنطقية الأخرى المترتبة على ذلك على النحو السابق بيانه بصدد التضامن.

وإذا رجعنا إلى عدم القابلية للانقسام الذي يتعدد فيه المدينون سوف نجد أن عدم الانقسام قد يرجع إلى اتفاق الأطراف أو إلى طبيعة المحل ذاته، وعلى ذلك نستطيع أن نقول أنه يمكن افتراض قيام المصلحة المشتركة بين المدين في حالة الاتفاق على عدم الانقسام فحسب، وبالتالي يكون هناك محل لتطبيق فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر في القانون المصري في هذه الحدود. أما إذا كان عدم الانقسام طبيعياً بحيث لا يكون هناك أي دخل لإرادة الأطراف في ذلك فأنه لا يمكن افتراض قيام مصلحة مشتركة فيما بين المدينين في هذه الحالة وبالتالي عدم إمكانية تطبيق فكرة النيابة التبادلية.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٣ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٠. وعبد الحي حجازي، المرجع السابق، جـ ١ ص ٢٥٩ وص ٢٦٤ وما بعدها، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ٢٧٥ ص ٢٨٨.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٦ ص ٣٥٠ وبصفة خاصة هامش ١.
(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٠٢، ص ٢٦٤.

٢ ـ بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم:

فالقاعدة هي انقسام الدين. بمعنى أن للمدين الذي أوفى الدين كاملاً للدائن أن يرجع على الباقين كل بقدر حصته في الدين إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك.

ويكون الرجوع في الحالات التي يجوز فيها ذلك، بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول. كما أن الموفى من هؤلاء المدينين لا يتحمل وحدة تبعة إعسار أحدهم بل توزع هذه التبعة على الباقين بنسبة حصة كل منهم في الدين.

ثانياً ـ حالة تعدد الدائنين:

إذا تعدد الدائنون جاز لكل دائن أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً كما هو الحال في التضامن الإيجابي ولكن هذا مشروط بعدم اعتراض أحد الدائنين على ذلك، إذ في هذه الحالة يتعين على المدين أداء الدين للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام (م ١/٣٠٢ مدني مصري م ٧٢ موجبات وعقود لبناني). وإذا استوفى أحد الدائنين الالتزام من المدين رجع عليه الباقون كل بقدر حصته (م ٢/٣٠٢ مدني مصري، م ٧٢ موجبات وعقود لبناني). وتقوم النيابة التبادلية فيما بين الدائنين في الحدود السابق بيانها.

ـ مقارنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن:

يتبين لنا من دراسة كل من التضامن وعدم القابلية للانقسام أن هناك تشابه واضح بينهما في الآثار. لكن هذا التشابه الواضح في الآثار لا يحجب عنا ما بينهما من فروق نلخصها فيما يلي:

أولاً: هناك فارق في المدى بين كل من عدم القابلية للانقسام الطبيعي والتضامن. فالتضامن يمتد ليشمل كل من التنفيذ العيني والتعويض النقدي، أما عدم القابلية للانقسام الطبيعي، وهو الذي يرجع إلى طبيعة المحل المطلقة أو النسبية، فيقتصر أثره على التنفيذ العيني دون التعويض النقدي، حيث أن الالتزام يبقى غير منقسم ما دام محله لا يقبل التجزئة. أما إذا تحول إلى تعويض نقدي لتعذر التنفيذ العيني، انقسم الالتزام بالتعويض. مثال ذلك أن يلتزم مقاولان ببناء منزل دون تضامن بينهما، فللدائن أن يطالب أياً منهما ببناء المنزل كاملاً، وذلك هو التنفيذ العيني لا يقبل الانقسام بسبب طبيعة المحل كما نظر إليه في العقد. أما إذا تأخر المقاولان في

إقامة المنزل أو لم يقيماه وفقاً للمواصفات أو لم يقيماه أصلاً، فإن التعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ ينقسم بينهما فلا يلزم كل منهما إلا بقدر حصته، ولذلك يكون من مصلحة الدائن ألا يكتفي بعدم القابلية للانقسام بل عليه أن يشترط التضامن بين المدينين[1]. وكذلك الحال إذا تعدد الدائنون في التزام يقبل التجزئة بسبب طبيعة محله، كما لو تعهد مقاول ببناء منزل لشخصين معاً، ثم تحول الالتزام إلى تعويض نقدي، فلا يكون لكل منهما أن يطالب بالتعويض كله إلا إذا كان التضامن مشروطاً بينهما[2].

ثانياً: هناك فارق من حيث أثر الوفاة على انقسام الالتزام من عدمه. ففي الالتزام غير القابل للانقسام، سواء كان عدم الانقسام طبيعياً أو مشروطاً، لا ينقسم الالتزام بين الورثة. فإذا كان الالتزام لا يقبل الانقسام وتوفي الدائن عن عدة ورثة كان لكل وارث أن يطالب بالدين كله. على العكس من ذلك في الالتزام التضامني. فمثلاً إذا اشترط التضامن بين الدائنين في التزام يقبل الانقسام، كدفع مبلغ من النقود، ثم توفي أحدهم، فلا يحول التضامن دون انقسام الحق بين الورثة (م ٢٨٠/ ٢ مدني) على النحو السابق بيانه.

وتنطبق نفس هذه القاعدة في حالة وفاة أحد المدينين المتضامنين في القانون الفرنسي. لكن لا محل لذلك في القانون المصري إذ أن الدين لا ينقسم بين الورثة على أي الأحوال، بل هو مضمون بأموال التركة جميعاً ضماناً لا يقبل التجزئة[3].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٢٥٣.
(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٣٥٤.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٣٥٤.

القسم الثاني
إنتقال الالتزام

١ ـ تطور الإئتمان وسهولة تداول الحقوق:

إن من أهم أسباب تطور الإئتمان التجاري هو سهولة انتقال الحقوق وتداولها. أما في الإئتمان المدني فنجد أن حوالة الحق وحوالة الدين محاطة بكثير من الإجراءات التي تعوق إلى حد كبير سهولة تداول الحقوق المدنية كما سنرى فيما بعد.

ولكن مما تجدر ملاحظته أن الحق المدني إذا كان ثابتاً في سند أسمى أو أذني أو لحامله فإنه يتبع في شأن انتقاله وتداوله نفس الطرق والوسائل المتبعة في القانون التجاري.

ففي السندات الأسمية، كالأسهم والسندات، يتم انتقالها عن طريق القيد في دفتر خاص معد لذلك في الشركة أو لدى الدولة في حالة ما تصدره هذه الأخيرة من سندات. أما السند المتضمن شرط الأذن، كالكمبيالة والسند الأذني والشيك، وغير ذلك من سندات ، كسند الشحن أو سندات الخزن، فإن انتقالها يتم عن طريق التظهير. وتخضع في نظرنا لمبدأ تطهير الدفوع. أما السندات لحاملها، وهي السندات التي تحرر ابتداء لحاملها أياً كان، كالأسهم والسندات والكمبيالة والسند الأذني والشيك وغيرها، فإن انتقال الحق الثابت بها يتم بالتسليم المادي للسند المثبت فيه الحق.

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي ينص في المادة ١/٤٤٢ منه على أنه «يجوز اثبات حق مدني في سند أسمى أو سند أذني أو

سند لحامله. وفي هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد أنه «لا يشترط اتخاذ الإجراءات المقررة في المادة ٤٣٠ (تقابل المادة ٣٠٥ مدني) في الحالات التي يواجهها هذا النص (م ١/٤٤٢ من المشروع). فالقاعدة هي اتباع الأوضاع المقررة في قانون التجارة في حوالة الحق ولو كان مدنياً متى أثبت شكلاً في سند أسمي أو سند أذني أو سند لحامله». وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة»[1].

ونحن نميل إلى ضرورة تسهيل تداول الحقوق المدنية حتى يواكب الطفرات التي شهدها الإئتمان في الوقت الحاضر، وبصفة خاصة في الدول المتقدمة، كما أن ذلك يقابل طموحاتنا في تطور اقتصادي سريع لنلحق بركب الحضارة[2].

٢ ـ موضوع وخطة الدراسة:

يقصد بانتقال الالتزام هو أن يتحول الالتزام ذاته، سواء في جانبه الإيجابي أو جانبه السلبي، من شخص إلى آخر. من دائن إلى دائن آخر، باعتباره حقاً شخصياً وهذا ما يسمى بحوالة الحق، أو من مدين إلى مدين آخر، باعتباره التزاماً، وهذا ما يسمى بحوالة الدين.

وأهم ما يتسم به انتقال الالتزام هو أن الالتزام، في الحالتين، يظل كما هو رغم تغير أحد طرفيه، فإن الذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وصفاته وضماناته ودفوعه.

وانتقال الالتزام أما أن يكون بسبب الموت، وإما أن يتم حال الحياة. فإذا توفي الدائن انتقل حقه إلى ورثته من بعده. ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه، وإذا توفي المدين انتقل دينه إلى ورثته من بعده ويصبح هؤلاء المدينون مكانه، ولكن تتحدد مسؤوليتهم عنه بأموال التركة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٣ ص ١٣٣ ـ ١٣٤ في الهامش.
(٢) انظر في تفصيل أكثر بحثنا نحو قانون خاص بالإئتمان، السابق الإشارة إليه، وبصفة خاصة ص ٢١٢ وما بعدها.

أما انتقال الالتزام فيما بين الأحياء فإنه يتم عن طريق الحوالة، سواء حوالة الحق، وحوالة الدين. أو التنازل عن العقد فيما يتضمنه من حقوق والتزامات كوحدة واحدة[1]. علاوة على ذلك، كما سوف نرى فيما بعد، أن هناك انتقالاً للحق في حالة الوفاء مع الحلول.

وقد تضمن قانون الموجبات والعقود اللبناني نصاً يتناول انتقال الالتزام سواء فيما بين الأحياء أو بسبب الوفاة فجاء نص المادة ٢٧٩ على النحو الآتي «تنتقل الموجبات بالوفاة أو بين الأحياء، ما لم يكن ثمة استحالة ناشئة عن نص قانوني أو عن كونه الموجب شخصياً وموضوعاً بالنظر إلى شخص العاقدة «ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الأرث بوصية أو بغير وصية».

«أما الإنتقال بين الاحياء فخاضع للقواعد الآتية الموضوعة مع التمييز بين انتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة الإيجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المديون)»

وسنقتصر هنا على دراسة حوالة الحق في باب أول، وحوالة الدين في باب ثان.

(١) انظر بحثنا في التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

الباب الأول

حوالة الحق

ـ التعريف بحوالة الحق وأهميتها العملية:

حوالة الحق اتفاق بمقتضاة ينقل الدائن ما له من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه. ويسمى الدائن الأصلي محيلاً، والدائن الجديد محالاً له، والمدين محالاً عليه.

وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم البيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة، وينطبق عليها الشروط الشكلية والشروط الموضوعية الخاصة بعقد الهبة، وقد يقصد بالحوالة قضاء دين على المحيل للمحال له، فتأخذ حكم الوفاء بمقابل ـ وقد يقصد بها إعطاء تأمين خاص فتأخذ حكم الرهن. على أنه مهما تعددت الأغراض التي تنصرف إليها حوالة الحق فإن هناك قواعد عامة مشتركة تنطبق في جميع الحالات. وهذه القواعد هي موضوع هذا الباب.

وعلى ضوء مـا تقدم نستطيع أن نتبين ما تحققه حوالة الحق من فوائد لكل من المحيل والمحال له.

فبالنسبة للمحيل فإن الحوالة قد تلبي حاجته إلى نقود حالة لا يحققها له حقه المضاف إلى أجل، وقد تكون الحوالة وسيلة ميسرة لقضاء ما عليه من دين للمحال له، وقد تكون الحوالة وسيلة للتخلص من مدين مماطل تقتضي مطالبته إجراءات طويلة، ويغلب في هذه الحالة أن يكون ثمن الحوالة أقل من قيمة الحق الأسمية.

أما بالنسبة للمحال فإنه قد يقصد من وراء الحوالة المضاربة، وذلك عندما يشتري الحقوق بأقل من قيمتها الأسمية ويأمل استيفائها كاملة من المدين، وقد يقصد من

وراء الحوالة توظيف أمواله، عن طريق شراء الحقوق المؤجلة والتي تغل فائدة مرتفعة ومضمونة بتأمينات جدية مأمونة.

ولدراسة القواعد العامة التي تحكم الحوالة في جميع هذه الحالات ينبغي أن نعرض أولاً لشروط الحوالة، ثم ندرس بعد ذلك آثارها.

الفصل الأول

شروط الحوالة

ولدراسة شروط الحوالة ينبغي أن نفرق بين شروط الانعقاد وشروط النفاذ.

المبحث الأول: شروط انعقاد الحوالة

إن حوالة الحق ليست إلا اتفاقاً بين المحيل والمحال له. وعلى ذلك فإن هذا الاتفاق يجب أن تتوافر فيه أركان وشروط صحة الاتفاق بوجه عام. ومن ثم فلا بد من تراض ومحل وسبب. وعلى ذلك فإنه يجب أن يتوافر في المتعاقدين الأهلية اللازمة للتصرف المراد تحقيقه بالحوالة، بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك. ويجب أن يكون رضاهما خالياً من العيوب. كما يجب أن يتوافر في كل من المحل والسبب الشروط اللازمة قانوناً لكل منهما. ونحيل في كل هذه المسائل إلى ما سبق دراسته في النظرية العامة للعقد. ونكتفي هنا بالتركيز على مسألتين جديرتين بالبحث.

أولاً ـ الحوالة اتفاق بين المحيل والمحال له:

تتم الحوالة في التقنين المدني الحالي برضاء المحيل والمحال له فقط. أي أن الحوالة اتفاق يتم بين الدائن الأصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له). فالمدين (المحال عليه) ليس طرفاً في اتفاق الحوالة. فلا يشترط رضاه لانعقادها (م ٣٠٣ مدني).

والعلة في عدم اشتراط رضاء المدين لانعقاد الحوالة هي أنه يستوي لديه بقاء دائنه أو استبداله بدائن آخر طالما أن شخص الدائن ليس محل اعتبار في الالتزام. وأن هذا التغيير لا يترتب عليه زيادة في عبء الالتزام.

وهذا المسلك يتفق مع التقنينات الحديثة، كما أنه يعد خطوة إلى الأمام في سبيل تطوير الإئتمان المدني.

وحوالة الحق اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص، ما لم تكن هبة صريحة للمحال له فيجب عندئذ أن تفرغ في شكلها الرسمي (م ٢٨٢ موجبات وعقود لبناني).

ثانياً: محل حوالة الحق:

محل الحوالة هو الحق المحال به. والقاعدة في هذا الصدد أن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أياً كان محلها، وإن كان الغالب عملاً أن ترد على حق اقتضاء مبلغ من النقود.

ويستوي، من حيث القابلية للحوالة، أن يكون الحق مدنياً أو تجارياً، أو أن يكون الحق موصوفاً بوصف من الأوصاف (أجل أو شرط أو تضامن أو عدم قابلية للانقسام) أو غير موصوف بشيء من ذلك. كما يستوي أن يكون الحق مدوناً في سند مكتوب، حكم قضائي أو سند رسمي أو سند غير رسمي، أو غير مدون أصلاً. ويجوز حوالة الحقوق المستقبلة (م ١/٢٨١ موجبات وعقود لبناني) كما يجوز حوالة الحق المتنازع عليه. لكن القانون اللبناني يشترط لصحة الحوالة رضاء المدين (م ٢/٢٨١ موجبات وعقود).

هذا الأصل العام في جواز حوالة الحقوق الشخصية أياً كان محلها لا يجري على إطلاقه وإنما ترد عليه استثناءات ثلاث:

١ - وجود نص في القانون يمنع من حوالة بعض الحقوق (م ٣٠٣ مدني مصري م ٢٨٠ موجبات وعقود لبناني) من ذلك عدم جواز حوالة الحقوق غير القابلة للحجز عليها، كدين النفقة. وإذا كان الحق غير قابل للحجز في جزء منه فحسب فلا تمتنع الحوالة إلا في حدود ذلك الجزء (م ٣٠٤ مدني).

٢ - وجود اتفاق بين الدائن والمدين على منع حوالة الحق (م ٣٠٣ مدني مصري، م ٨٠ موجبات وعقود لبناني)، فبعد أن جعل التقنين المدني الحالي حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين، أصبح للمدين، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه، أن يشترط على الدائن منذ البداية في العقد المنشىء للحق عدم جواز حوالة هذا

الحق. وهذا الشرط جائز ومعتبر لأن قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام.

٣ ـ ما تستوجبه طبيعة الالتزام من عدم القابلية للحوالة كما هو الحال في الالتزامات التي يكون لشخص الدائن فيها اعتبار خاص (م ٢٨٠ موجبات وعقود لبناني). من ذلك أن يكون الالتزام بالقيام بنفقات تعليم شخص معين بالذات.

المبحث الثاني: شروط نفاذ الحوالة

تنص المادة ٣٠٥ مدني على أن الحوالة «لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ».

وتنص المادة ٢٨٣ موجبات وعقود لبناني على «أن الإنتقال لا يعد موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث ولا سيما بالنظر إلى المديون الذي تفرغ الدائن عن دينه إلا بإبلاغ هذا التفرغ إلى المديون أو بتصريح المديون في وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ».

«وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم يصح للمديون أن يبرىء ذمته لدى المتفرغ» «وإذا كان المتفرغ قد أجرى فراغين متتابعين لدين واحد فالمتفرغ له الذي سبق إلى العمل بمتقضى القانون يفضل الآخر حتى ولو كانت تاريخ عقده أحدث عهداً».

وعلى ضوء ذلك يجب التفرقة بين المدين والغير فيما يتعلق بنفاذ الحوالة.

أولاً: نفاذ الحوالة قبل المدين:

إذا كان المدين ليس طرفاً في اتفاق الحوالة إلا أنه مع ذلك هو الذي يقع عليه الالتزام بالوفاء بالحق المحال به إلى المحال له دون المحيل، بحيث إذا وفى المحيل لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لذمته وجاز للمحال له أن يطالبه بالوفاء مرة ثانية. لكن لكي ترتب الحوالة هذا الأثر إلهام في حق المدين فإنه يجب أن تكون هذه الحوالة نافذة قبله بحيث يكون المدين على علم بحصولها ولهذا السبب لم يجعل المشرع الحوالة نافذة قبل المدين بمجرد انعقادها بين المحيل والمحال له وإنما استلزم ضرورة علم

المدين بها. وقد شرع المشرع طريقين يتم بهما هذا العلم، وهما قبول المدين للحوالة وإعلانه بها.

١ ـ قبول المدين للحوالة: وتنحصر دلالة هذا القبول على مجرد إقرار المدين بحصول الحوالة، بحيث يكون عليه أن يؤدي الحق المحال به في نفس الحدود التي كان عليه أن يؤديه فيها للمحيل. وبناء على ذلك فإن هذا القبول لا يجعل المدين طرفاً في الحوالة. كما أنه لا يتضمن معنى الإقرار بالتزامه قبل المحيل بغير قيد أو شرط، ولذلك كان للمدين. رغم قبوله للحوالة أن يتمسك في مواجهة المحال له بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل. ويستثنى من ذلك الدفع بالمقاصة الذي كان يستطيع المدين أن يتمسك به قبل المحيل، فلا يجوز له التمسك به قبل المحال له إذا كان قد قبل الحوالة دون تحفظ (م ١/٣٦٨ مدني) وسنعود إلى دراسة هذا الاستثناء عند دراسة المقاصة.

ولما كان الغرض من اشتراط القبول هو الدلالة على علم المدين بحصول الحوالة ولذلك يجب أن يكون هذا القبول تالياً لانعقاد الحوالة، أو على الأقل معاصراً لها، ولكن لا يجوز أن يكون سابقاً على هذا الانعقاد حتى ولو صرح المدين في سند الدين أنه يقبل مقدماً حوالة الحق للغير.

لا يشترط في هذا القبول شكلاً خاصاً، فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، مثل وفاء المدين ببعض الدين للمحال له.

٢ ـ إعلان الحوالة إلى المدين: يتم الإعلان بواسطة المحضر، وذلك طبقاً للمادة ٦ مرافعات. وهذا الإعلان قد يتم بناء على طلب المحيل أو المحال له، وإن كان الغالب أن يتم بناء على طلب الأخير، إذ من مصلحته أن يسارع، بمجرد انعقاد الحوالة، إلى القيام بما يلزم لنفاذها حتى يستقر له الحق المحال.

هذان الطريقان اللذان اشترطهما المشرع لنفاذ الحوالة قبل المدين ولذلك لا يجوز أن يحل محلها شيء آخر وبناء على ذلك فإنه لا يعتد بالعلم الفعلي المستمد من أي طريق آخر، وبالتالي لا يقوم هذا العلم مقام العلم القانوني المستفاد من أحد هذين الطريقين.

ثانياً: نفاذ الحوالة قبل الغير:

تنفذ الحوالة قبل الغير بنفس الإجراءات التي تنفذ بها قبل المدين. أي بقبول المدين الحوالة أو إعلانه بها. لكن القاعدة في شأن الغير أنه يشترط للاحتجاج بالورقة العرفية في مواجهته أن يكون لها تاريخ ثابت لذلك تطلب المشرع إذا كان الحوالة نافذة عن طريق قبول المدين، وهو يتم بورقة عرفية، أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت (م ٣٠٥ مدني). أما الإعلان فهو بطبيعته ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية على يد محضر. والغرض من اشتراط ثبوت التاريخ هو منع تواطؤ المحيل والمحال عليه على تقديم تاريخ الحوالة إضراراً بالغير.

ويقصد بالغير هنا كل من يضار بالحوالة نظراً لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به، كالمحال له.

ـ إجراءات أخرى لنفاذ الحوالة:

ما سبق أن قدمناه من إجراءات لنفاذ الحوالة قبل المدين والغير يعبر عن القاعدة العامة في هذا الصدد، ولكن هناك استثناءات على هذه القاعدة نجملها فيما يلي:

١ ـ نصت عليه المادة ١١ من قانون الشهر العقاري من أن حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسري في حق الغير. معنى ذلك أنه إذا حول مالك العقار، ما يستحق له من أجرة في المستقبل لمدة تزيد على ثلاث سنوات وجب تسجيلها حتى تسري في حق الغير، كالمشتري للعقار المؤجر أو الدائن المرتهن لهذا العقار. أما إذا كانت الحوالة لأجرة معجلة عن ثلاث سنوات فقط تكون نافذة في حق الغير بالقبول الثابت التاريخ أو الإعلان. وفي القانون اللبناني لا تنفذ حوالة أجرة العقارات المعجلة في حق الغير إذا زادت على أجرة سنة إلا إذا سجلت الحوالة في السجل العقاري (م ١٢ من القرار رقم ١٨٨ في ١٥ آذار ١٩٢٦).

٢ ـ حوالة الحقوق الثابتة في سندات اسمية أو في سندات لأذن إو في سندات لحاملها. ففي السند الاسمي، كأسهم وسندات الشركات المساهمة أو سندات على الدولة، تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو الغير بقيدها في دفتر خاص يحتفظ به المحال عليه، الشركة أو الدولة، أما في السند لإذن، كالكمبيالة والسندات الأذنية والشيكات الأذنية وغيرها كبوليصة التأمين وبوليصة الشحن، وسندات الخزن، تكون

الحوالة نافذة في حق المدين أو الغير بمجرد التظهير، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه في ظهر السند. في السندات لحاملها، كالأسهم والسندات والكمبيالات والسندات الأذنية والشيكات التي تحرر ابتداء لحاملها أياً كان، فإن الحوالة تكون نافذة في حق المدين أو الغير بمجرد التسليم المادي للسند. هذا النوع الأخير نادر في الحياة العملية لسهولة ضياع الحقوق الثابتة فيه.

الفصل الثاني

آثار الحوالة

مما تجدر الإشارة إليه منذ البداية أن آثار الحوالة تتراكب من آثار التصرف القانوني الذي تهدف إليه الحوالة، بيع أو وفاء بمقابل أو رهن أو هبة، وآثار انتقال الالتزام ذاته. وآثار التصرف القانوني المراد تحقيقه من الحوالة تحكمها القواعد الخاصة بهذا التصرف وبالتالي لا حاجة لنا للتعرض لها هنا.

أما بالنسبة لانتقال الالتزام فإنه يثير العديد من العلاقات:

أولاً: العلاقة بين المحيل والمحال إليه، **وثانياً**: العلاقة بين المحال له والمحال عليه، **وثالثاً**: العلاقة بين المحيل والمحال عليه، **ورابعاً**: العلاقة بين المحال له والغير. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: علاقة المحال له بالمحيل

المحيل والمحال له هما طرفا الحوالة ـ ولذلك فإن الأثر المباشر للحوالة هو انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقادها، وينتقل هذا الحق، كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفوع. كما يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان.

في المقابل فإن التزام المحال له يختلف باختلاف الحوالة فإن كانت الحوالة بيعاً، التزم المحال له بدفع الثمن، وإن كانت مقايضة أو وفاء بمقابل، التزم المحال له بأداء العوض وهكذا. ودراسة هذا الالتزام تدخل في دراسة العقد الذي اشتملت عليه

الحوالة، وبالتالي لا محل للتعرض له هنا. ولذلك سوف نقتصر على دراسة ما يلزم به المحيل نحو المحال له.

المطلب الأول: انتقال الحق

سبق أن رأينا أنه يترتب على الحوالة انتقال الحق المحال به كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات، وتوابع وما يلحق به من دفوع. كما أن هذا الحق ينتقل في العلاقة بين المحيل والمحال له من وقت انعقاد الحوالة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: انتقال الحق بصفاته وتوابعه ودفوعه

يترتب على الحوالة انتقال نفس الحق من المحيل إلى المحال له. فيصبح المحال له دائناً بالالتزام الذي كان للمحيل قبل المحال عليه. وهذا الحق ينتقل بكل صفاته وتوابعه وضماناته.

فالحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له بما له من صفات، كما لو كان تجارياً أو ثابتاً في سند تنفيذي. كما يكون له أن يطالب المدين، المحال عليه، بقيمة هذا الالتزام الاسمية ولو كان ما دفعه في شرائه أقل من ذلك مثلاً.

والحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له بما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع. وعلى ذلك فينتقل الحق المحال به بكل ضماناته من كفالة أو امتياز أو رهن أو أي تأمين آخر (م ٣٠٧ مدني مصري، م ٢٨٥ موجبات وعقود لبناني)، مع مراعاة وجوب التأشير بالحوالة في هامش القيد الأصلي حتى يحتج بانتقال التأمين على الغير (م ١٠٥٣/٢ مدني وم ١٩ من قانون الشهر العقاري). كما ينتقل هذا الحق بكل ما يشتمل عليه من توابع، ومن هذه التوابع أقساط الدين التي حلت والفوائد (م ٣٠٧ مدني). ويعد من توابع الحق المحال به أيضاً الدعاوي التي تحميه وتؤكده. ومثالها دعوى الفسخ. فإذا حول البائع الثمن، ولم يقم المشتري بالوفاء به إلى المحال له، كان لهذا الأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشتري فإذا قضى بالفسخ عاد الشيء المبيع إلى المحال له لا المحيل.

كذلك فإن انتقال الحق إلى المحال له يقتضي أن يلتزم المحيل بتسليم المحال له

سند هذا الحق والوسائل التي تؤدي إلى إثباته والمطالبة به (م ٢٨٤/ ١ موجبات وعقود لبناني).

في مقابل ذلك فإن الحق المحال به ينتقل بما عليه من دفوع كالدفع بالبطلان أو الفسخ أو بانقضاء الدين، ويجوز للمدين المحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له كما كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل كما سوف نرى فيما بعد.

ثانياً: وقت انتقال الحق

ينتقل الحق فيما بين المتعاقدين وهي المحيل والمحال له من وقت انعقاد الحوالة. ويترتب على ذلك أن يمتنع على المحيل قبض الدين أو التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات. ولذا يكون ما يستوفيه المحيل من المدين من هذا الوقت من حق المحال له ويتعين رده إليه. وإذا تصرف في الحق المحال به كان مسؤولاً بمقتضى التزامه بالضمان كما سنرى.

أما بالنسبة إلى المدين أو الغير فلا ينتقل الحق إلا من وقت نفاذ الحوالة بالقبول أو الإعلان على النحو السابق بيانه. ويترتب على ذلك أن الدائن في نظر المدين، المحال عليه، هو المحيل لا المحال له، فإذا أوفى بالدين إلى المحيل الدائن الأصلي، كان وفاؤه صحيحاً مبرئاً لذمته، وليس للمحال له سبيل للرجوع عليه. ولكن المحيل هو المسؤول قبل المحال له بالضمان.

المطلب الثاني: التزام المحيل بالضمان

قد حدد المشرع نطاق التزام المحيل بالضمان. ولكن هذا التحديد ليس من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على خلافه. كما أن المشرع قد حدد ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق سبب من أسباب الضمان. ولنبحث ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: نطاق الالتزام بالضمان

فالضمان في الحوالة قد يكون ضماناً قانونياً يلتزم به المحيل بغير حاجة إلى اتفاق خاص، وإما أن يكون ضماناً اتفاقياً.

١ ـ الضمان القانوني:

ـ ضمان المحيل لأفعاله الشخصية: القاعدة في هذا الصدد أنه «يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان» (م ٣١١ مدني مصري). وعلى ذلك فإن المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم بغير عوض فلا يجوز له أن يأتي عملاً من شأنه الأضرار بحق المحال له، كاستيفاء الحق من المدين، أو رهن الحق للغير، أو حوالته له. ولا فرق في ذلك بين الأعمال التي يأتيها المحيل قبل انعقاد الحوالة أو بعدها ما دام من شأنها تمكين الغير من التعرض للمحال له. كما أنه لا يجوز للمحيل أن يشترط عدم الضمان بالنسبة لأفعاله الشخصية لما ينطوي عليه هذا الشرط من خطر الغش.

ـ الضمان في الحوالة بعوض:

يقتصر الضمان القانوني في هذه الحالة على وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م ٣٠٨/ ١ مدني مصري م ٢٨٤/ ١ موجبات وعقود لبناني). وعلى ذلك فإذا كان الحق موجوداً وقت الحوالة فلا يسأل المحيل بعد ذلك ولو زال هذا الحق بعد الحوالة لسبب لا يرجع إلى المحيل، كما لو استكملت مدة التقادم المسقط للحق. فالمحيل يضمن أن الحق قد نشأ صحيحاً وأنه لم ينقض بسبب من أسباب الانقضاء قبل انعقاد الحوالة. ويقف الضمان القانوني عند هذا الحد بحيث لا ينصرف إلى يسار المدين فلا يضمن الدائن المحيل للمحال له قدرة المدين على الوفاء.

لكن كما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التي تنتقل معه، كالتأمينات العينية والشخصية الضامنة للحق المحال به. والعبرة بوجود هذه التأمينات وقت الحوالة ولو انقضت بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل.

ـ الضمان في الحوالة بغير عوض:

تقضي المادة ٣٠٨/ ٢ مدني بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض «فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق». ولكن يجب ألا يفهم من ذلك أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق، وإنما ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في الضمان بصدد عقود التبرع. ومن ذلك نص المادة ٤٩٤ مدني،

وهي تضع القاعدة العامة في ضمان الواهب استحقاق الشيء للموهوب.

وعلى ضوء ذلك فإذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها واستحق الحق المحال به، كأن تبين أن الحق غير موجود أصلاً، لم يجب الضمان على المحيل (الواهب) إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كان عالماً بانعدام الحق المحال به وأخفى ذلك غشاً عن المحال له. فعند ذلك يقدر القاضي للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر. وذلك كله طبقاً لنص المادة ٤٩٤ مدني. ويلاحظ في هذا الصدد أنه يجب أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه. كما يجب أن يكون هذا الضرر خسارة إيجابية لحقت الموهوب له لا مجرد فوات الحق وإلا لوجب الضمان دائماً في التبرعات وجوبه في المعاوضات[1] ـ كما أنه «إذا استحق الشيء الموهوب، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي» (م ٤٩٤/ ٢ مدني).

٢ ـ الضمان الاتفاقي:

أحكام الضمان القانوني ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها فإلى أي حد يستطيع الطرفان تعديل هذه الأحكام؟؟

ـ قد يكون الاتفاق على الزيادة في أحكام الضمان القانوني:

ففي الحوالة بعوض يتفق المحال له مع المحيل على أن يضمن الأخير يسار المدين (المحال عليه) ولكن هذا الشرط من شأنه التشديد في أحكام الضمان لذلك يجب ألا يتوسع في تفسيره. وعلى ذلك فإن لم يحدد الوقت الذي ضمن فيه المحيل يسار المحال عليه، فلا يصرف الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة (م ٣٠٩/ ٢ مدني مصري م ٢٨٤/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

وفي الحوالة بغير عوض أصلاً، يجوز أن يتفق المحيل مع المحال له على أنه في حالة استحقاق الحق المحال به أو في حالة أنعدامه، يرجع المحال له على المحيل بتعويض عادل حتى ولو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم. لكن لا يجوز الاتفاق على ضمان الاستحقاق حتى لو لم يصيب المحال له أي ضرر حتى لا يكون الاتفاق مصدر ربح غير مشروع للمحال له.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٣، فقرة ٢٨٣، ص ٥١٢ وما بعدها.

- **وقد يكون الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان القانوني**: ففي الحوالة بعوض، يجوز الاتفاق مثلاً على أن المحيل لا يضمن خلو الحق من العيوب، أو أنه لا يضمن توابع الحق. بل يجوز اشتراط عدم الضمان أصلاً، إلا أن هذا الشرط لا يعفي المحيل من المسؤولية عن أفعاله الشخصية (م ٣١١ مدني مصري) كما سبق أن رأينا.

وفي الحوالة بغير عوض أصلاً لا يجوز الاتفاق على ألا يكون المحيل مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب المحال له، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً انعدام الحق. ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسؤولية عن خطئه التقصيري.

ثانياً: مدى ما يرجع به المحال له على المحيل

المبدأ العام عند تحقق الضمان هو أن أقصى ما يلزم به المحيل، سواء بناء على أحكام الضمان القانوني أو الاتفاقي، رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات (م ٣١٠ مدني مصري). وعلى ذلك فإذا كان المحال له قد دفع للمحيل ثمناً أقل من قيمة الدين الأسمية، وهو الغالب فلا يجوز له أن يسترد منه إلا ما دفعه فعلاً كما يرجع علاوة على ذلك بفوائد هذا المبلغ والمصروفات، وهذه هي مصروفات الحوالة ومصروفات الدعاوي التي رجع بها المحال له على كل من المحال عليه والمحيل.

والحكمة من تقرير هذا المبدأ هو قطع السبيل على المرابين لأنه لو أبيح الرجوع على المحيل بقيمة الدين الاسمية لتيسر على المرابين الحصول على فوائد ربوية عن طريق شراء حقوق متنازع عليها بأقل من قيمتها الاسمية، ثم الرجوع بالضمان بعد ذلك بالقيمة الاسمية على المحيل (وهو من اقترض في مقابل الحوالة) في حالة الحكم بعدم ثبوت الحق المحال به.

ويتضح من ذلك أن الحكم الوارد بالمادة ٣١٠ مدني يتعلق بالنظام العام ولذلك نص المشرع على تطبيق هذا الحكم «ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

المبحث الثاني: علاقة المحال له بالمحال عليه

يختلف مدى هذه العلاقة باختلاف ما إذا كانت الحوالة نافذة في حق المحال

عليه أم أنها غير نافذة. فقبل نفاذ الحوالة في مواجهة المحال عليه لا يكون للمحال له إلا علاقة دائنية مستقبلية بالمحال عليه. هذه العلاقة تسمح ببعض آثار محدودة. أما بعد نفاذ الحوالة في مواجهة المحال عليه يصبح المحال له هو وحده الدائن. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: قبل نفاذ الحوالة

قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائناً للمحال عليه، لأن الحوالة لم تنفذ بعد في حق المحال عليه. أما المحال له ليس له إلا اتخاذ بعض الإجراءات التي يحافظ بها على حقه. أما المحال عليه فيجب أن يمتنع، إذا كان قد علم بالحوالة فعلاً، من أن يأتي عملاً من شأنه الأضرار بحق المحال له.

أولاً ـ الإجراءات التحفظية التي يتخذها المحال له

يستطيع المحال له، وهو الدائن الجديد، أن يقوم ـ بعد انعقاد الحوالة وقبل نفاذها في حق المحال عليه ـ باتخاذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به (م ٣٠٦ مدني). فيجوز للمحال له أن يقوم باتخاذ إجراءات قطع التقادم، كأن يعمد إلى مطالبة المحال عليه منذ البداية مطالبة قضائية مما يحقق له المحافظة على حقه من السقوط ونفاذ الحوالة في نفس الوقت. كما يجوز للمحال له أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به، وله أيضاً أن يجدد القيد إذا انتهت المدة القانونية له. بالجملة يستطيع الدائن المحال له أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل له.

ثانياً: امتناع المحال عليه من الأضرار بحقوق المحال له

من الطبيعي أن المحال عليه، قبل نفاذ الحوالة، وإذا كان لا يعلم فعلاً بصدورها، يستطيع أن يعامل المحيل ـ وهو لا يزال الدائن له ـ في شأن الحق المحال به، فيوفيه إياه، أو يجدده معه، أو يستبرئه منه وهكذا. ويكون كذلك الحال بالنسبة لمحال له ثان نفذت حوالته قبل المحال عليه.

أما إذا كان المحال عليه يعلم فعلاً بالحوالة الأولى، ولو قبل أن تصبح نافذة، فيكون من واجبه حينئذ أن يمتنع عن إتيان أي عمل ينطوي على غش ويكون من شأنه

الإضرار بحقوق المحال له، فليس له أن يوفي الحق المحال به للمحيل غشاً وتواطؤاً معه، كما ليس له أن يتواطأ غشاً مع محال له تال للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى. . . . بل أنه يستطيع، قبل نفاذ الحوالة، أن يوفي الحق المحال به للمحال له، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبوله منه للحوالة. كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة.

المطلب الثاني: بعد نفاذ الحوالة

إذا صارت الحوالة نافذة في حق المحال عليه عن طريق قبوله أو إعلانه بها يصبح المحال له هو الدائن الجديد ويحل محل المحيل، بالنسبة إلى المحال عليه، في نفس الحق المحال به في الحالة التي يكون عليها وقت نفاذ الحوالة. وفي مقابل ذلك يكون للمحال عليه التمسك بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة، وكذلك الدفوع المستمدة من عقد الحوالة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: حلول المحال له محل المحيل

إذا صارت الحوالة نافذة في حق المدين المحال عليه عن طريق قبوله لها أو إعلانه بها. انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له، ويصبح المحال له هو الدائن الجديد. وينتقل هذا الحق بالحالة التي كان عليها وقت نفاذ الحوالة.

ويترتب على ذلك أنه قد أصبح المحال عليه ليس له إلا دائن واحد، هو المحال له، الذي يجب أن يوفيه الحق. فلا يجوز له أن يوفي الحق، بعد نفاذ الحوالة، إلى المحيل، وإذا فعل ذلك كان الوفاء غير مبرىء لذمته، ويستطيع المحال له أن يستوفي الحق منه مرة ثانية، ولا يبق للمحال عليه إلا الرجوع على المحيل بما دفعه إليه دون حق. كما يجوز للمحال له أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملاً، وأن يقضي الحق بأي سبب من أسباب الانقضاء، كالتجديد والمقاصة وإتحاد الذمة والإبراء.

علاوة على ذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف في الحق المحال به مرة ثانية، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائني المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد

المحال عليه بعد نفاذ الحوالة. وعلى العكس من ذلك يستطيع المحال له أن يتصرف بكافة أنواع التصرف في الحق المحال به، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزاً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه.

ثانياً: حق المحال عليه في التمسك في مواجهة المحال بالدفوع التي كانت له قبل المحيل

تنص المادة ٣١٢ على أنه «للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة». وتنص المادة ٢٨٥/٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «يحق إذاً للمديون أن يدلي بأسباب الدفع والدفاع التي كان يحق له أن يدلي بها تجاه المتفرغ له. ويجري الأمر بالعكس إذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد أو شرط: فهو إذ ذاك يعد عادلاً عنه وسائل الدفاع التي كان يملكها إلى ذلك الحين».

فكما أن الحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه بالصفات والضمانات التي له وقت نفاذ الحوالة، فإن للمحال عليه أيضاً أن يتمسك بما يرد على هذا الحق من دفوع (م ٢٨٥/ ١ موجبات وعقود لبناني).

وعلى ذلك فإن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل المحال له، بالنسبة إلى الحق المحال به، بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة. فإذا كان هناك، في هذا الوقت، دفع يمكن أن يدفع به المطالبة بهذا الحق قبل المحيل، فإن المحال عليه أن يتمسك بهذا الدفع قبل المحال له. فيستطيع المدين المحال عليه أن يدفع ببطلان الدين أو انقضائه بأي أسبب من أسباب الانقضاء، أو غير ذلك من الدفوع.

ويلاحظ أن الوقت المعتبر في تحديد الدفوع التي يجوز التمسك بها في مواجهة المحال له هو وقت إعلان الحوالة أو قبولها، فكل دفع نشأ سببه قبل هذا الوقت يجوز التمسك به ولو ترتب حكمه فيما بعد. فإذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ، وتحقق الشرط بعد نفاذ الحوالة، كان للمحال عليه التمسك بهذا الدفع قبل المحال له، لأن سبب الدفع كان قائماً وقت نفاذ الحوالة وإن ترتب حكمه بعد ذلك. ومع ذلك قد

خرج المشرع على هذه القاعدة بالنسبة للدفع باتحاد الذمة والدفع بالمقاصة ـ فإن مات المحيل بعد صدور الحوالة، ولكن قبل نفاذها، وورثة المحال عليه، فإنه لا يكون لهذا الأخير أن يدفع مطالبة المحال له بانقضاء الحق باتحاد الذمة وذلك لأن للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التي يمثلها الوارث، أي المحال عليه. كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه في ذمة المحيل بحيث ينقضي الحق المحال به بالمقاصة، ولكن إذا كان المحال عليه قد قبل الحوالة دون تحفظ فإنه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة كما كان يستطيع دفعها بالدفوع الأخرى وذلك طبقاً لنص المادة ٣٦٨/ ١ مدني مصري .

في القانون اللبناني، طبقاً لنص المادة ٢/٢٨٥ موجبات وعقود، يسقط حق المدين المحال عليه في التمسك بكل الدفوع التي كانت له قبل المحيل إذا قبل الحوالة دون قيد أو شرط .

المبحث الثالث: علاقة المحال له بالغير

لا ينتقل الحق المحال به إلى المحال له إلا من وقت نفاذ الحوالة قبل الغير، أي من وقت إعلان المدين بالحوالة أو من وقت أن يصبح قبوله للحوالة ثابت التاريخ .

ويقصد بالغير هنا كل من يضار بالحوالة نظراً لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به بوصفه لا زال في ذمة المحيل لم ينتقل منه إلى المحال له. فإذا حول الدائن حقه إلى شخصين على التوالي كان كل منهما غيراً بالنسبة للحوالة الصادرة للآخر. كذلك إذا رهن الدائن حقه ضماناً لدين عليه، كان الدائن المرتهن من الغير بالنسبة للمحال له. ودائن المحيل الذي يحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه يعتبر أيضاً من الغير. وعلى ذلك قد يحدث تنازع بين المحال لهم، أو بين المحال له ودائن ومرتهن، أو بين محال له ودائن حاجز، فكيف يفض هذا التنازع؟

أولاً: التنازع بين المحال لهم

إذا حول الدائن حقه إلى عدة أشخاص على التعاقب فنازع كل منهم الآخر في الحق المحال به، فالقاعدة في هذا الصدد هي تفضيل من أصبحت حوالته قبل غيرها نافذة في حق الغير، ولو كان انعقادها متأخراً (م ٣١٣ مدني مصري م ٢/٢٨٣

موجبات وعقود لبناني). على أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يحد منها مبدأ أن الغش يفسد التصرفات، بمعنى أنه إذا تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له الثاني للأضرار بحق المحال له الأول، وجب تفضيل الحوالة الأولى ولو كان إعلانها للمدين لاحقاً لقبوله الحوالة الثانية أو إعلانه بها.

وإذا كان التنازع بين محال له ودائن مرتهن، كانت الأفضلية بينهما على أساس الأسبقية في النفاذ أيضاً، فإذا كانت الحوالة قد أصبحت نافذة قبل الرهن انتقل الحق إلى المحال له خالياً من الرهن، والعكس بالعكس.

ثانياً: التنازع بين المحال له والدائن الحاجز

يعتبر دائن المحيل من الغير، وعلى ذلك لا تنفذ الحوالة في مواجهته إلا بقبول المدين الثابت التاريخ أو بإعلانه بالحوالة ولا تثور مشكلة التنازع بين المحال له ودائن المحيل الحاجز إذا كان الحجز قد وقع على الحق المحال به تحت يد المدين بعد أن أصبحت الحوالة نافذة، لأن الحق المحال به قد خرج من ذمة المحيل ولم يعد في الضمان العام لدائنيه ولكن يثور التنازع في غير ذلك من صور:

١ ـ إذا تم قبول الحوالة أو إعلانها بعد توقيع الحجز بمعرفة دائن المحيل. في هذا الفرض يعتبر الحجز صحيحاً لأنه بالنسبة للحاجز لا زال الحق المحجوز عليه ثابتاً للمحيل لم ينتقل منه إلى المحال له. لكن إذا كان اتخاذ إجراءات نفاذ الحوالة بعد الحجز لا يترتب عليه انتقال الحق المحال به، إذ تعلق به حق الدائن الحاجز، إلا أن الحوالة تعتبر في هذه الحالة بالنسبة للدائن الحاجز بمثابة حجز آخر (م ١/٣١٤ مدني مصري، م ٨٩٨ أصول محاكمات لبناني). والقاعدة عند تعدد الحجوز على مال واحد أنه لا أفضلية لحاجز متقدم على حاجز متأخر، فيقسم الحق المحال به قسمة غرماء بين الحاجز والمحال له.

٢ ـ إذا وقعت الحوالة بين حجزين أولهما سابق على نفاذ الحوالة وثانيهما تال لنفاذها. فالقاعدة في هذه الحالة أن «الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة» (م ٢/٣١٤ مدني مصري م ٢/٨٩٩ أصول محاكمات لبناني). والعلة في ذلك أن الحوالة غير نافذة في مواجهة الحاجز المتقدم على حين

أنها نافذة في مواجهة الحاجز المتأخر فيجب ألا يضار المحال له منه. كما أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر.

فإذا فرض أن الحق محل الحجوز والحوالة مقداره ١٢٠٠ ووقع عليه حجز سابق على نفاذ الحوالة بدين قدره ٤٠٠، ثم نفذت حوالة بجزء من الحق قدره ٨٠٠، وأخيراً وقع حجز متأخر بعد نفاذ الحوالة بدين قدره ٤٠٠ فإن الحق يقسم بين الثلاثة قسمة غرماء بنسبة ٤٠٠ : ٨٠٠ : ٤٠٠ أي بنسبة ١ : ٢ : ١.

فيأخذ الحاجز المتقدم $\frac{١\times١٢٠٠}{٤} = ٣٠٠$

ويأخذ المحال له $\frac{٢\times١٢٠٠}{٤} = ٦٠٠$

ويأخذ الحاجز المتأخر $\frac{١\times١٢٠٠}{٤} = ٣٠٠$

ثم يستكمل للمحال له قيمة الحوالة من حصة الحاجز المتأخر فتكون النتيجة أن يحصل الحاجز المتقدم على ٣٠٠ والمحال له على قيمة حوالته كاملة أي ٨٠٠ ويحصل الحاجز المتأخر على ١٠٠.

الباب الثاني
حوالة الدين

المقصود بحوالة الدين والغرض منها:

حوالة الدين اتفاق به ينتقل عبء الدين بجميع مقوماته من المدين الأصلي إلى شخص آخر. فنجد في حوالة الدين ثلاثة أشخاص: المحيل المدين الأصلي، والمحال عليه وهو المدين الجديد الذي يتحمل الدين، والدائن. والحوالة في صورتها العادية تتم باتفاق بين المدين (المحيل) وشخص آخر يتحمل عنه الدين (المحال عليه). لكن توجد صورة أخرى نادرة في الحياة العملية وهي أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهو المدين الجديد.

وحوالة الدين قد تتم على سبيل التبرع وذلك إذا كان لدي المحال عليه هذه النية. وقد يقصد من الحوالة إقراض المحال عليه للمحيل قيمة الدين الذي تحمله عنه. وأخيراً قد يقصد بها وفاء المحال عليه بدين قد ترتب في ذمته من قبل للمحيل.

وقد أحسن المشرع المصري، في التقنين الحالي، صنعاً بتنظيمه لحوالة الدين بجانب تنظيمه لحوالة الحق. وذلك لأن حوالة الدين كفيلة بأن تحقق من الأغراض العملية ما يصعب تحقيقه بالالتجاء إلى غيرها من النظم القانونية الأخرى، كالإنابة والتجديد، والاشتراط لمصلحة الغير.

خطة الدراسة:

سنتناول في هذا الباب دراسة الصورة العادية والمألوفة لحوالة الدين في فصل أول، ثم نقوم بعد ذلك بدراسة الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهي الصورة النادرة للحوالة، في فصل ثان.



الفصل الأول

الصورة العادية لحوالة الدين

الحوالة باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه :

يتم إنعقاد الحوالة بمجرد اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه أي الشخص الذي يتحمل عنه الدين (م ٣١٥ مدني مصري، م ٢٨٧ موجبات وعقود لبناني). وهذه هي الصورة العادية لحوالة الدين، فكما يتصرف الدائن في مركزه كدائن عن طريق حوالة الحق، فإن المدين يتصرف أيضاً في مركزه كمدين عن طريق حوالة الدين.

ولذلك ينبغي أن نقف هنا على شروط هذه الحوالة، ثم نعرض بعد ذلك لآثارها.

المبحث الأول: شروط الحوالة

ـ شروط انعقاد وشروط نفاذ :

حيث أن الحوالة اتفاق بين المحيل والمحال عليه فأنها تخضع للقواعد العامة في انعقاد العقود وصحتها. كما أنها تمس مصلحة شخص آخر وهو الدائن فلذلك يلزم أن تكون هذه الحوالة نافذة في حقه.

المطلب الأول: شروط الانعقاد

إن حوالة الدين اتفاق، ولذلك يشترط لانعقادها توافر أركان الاتفاق وشروط صحته.

فمن حيث التراضي ينبغي وجود تراض صادر عن ذي أهلية وخال من العيوب.

ومن حيث المحل، فإنه ينبغي أن يتوافر في الدين المحال به الشروط القانونية الواجب توافرها في المحل طبقاً للقواعد العامة. ومما يجدر ملاحظته في هذا الصدد أن الحوالة ترد على جميع الديون أياً كان محلها، سواء كانت منجزة أو مؤجلة. باتة أو معلقة على شرط، بل يمكن أن ترد على الدين المستقبل.

أما من حيث السبب فإنه يجب أن يكون سبب التزام المحال عليه موجوداً، وأن يكون الباعث الدافع عليها مشروعاً.

ولا يشترط القانون شكلاً خاصاً في حوالة الدين، هذا ما لم يتفق الأطراف على اشتراطه.

في القانون اللبناني تنص المادة ٢٨٧ موجبات وعقود على أن «انتقال دين المديون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه وإما بالاتفاق بين هذا والمديون».

«وفي الحالة الثانية يبقى مفعول الانتقال موقوفاً على إجازة الدائن ويستطيع المتعاقدان، ما دامت الإجازة لم تعط، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه».

«وإذا لم يجز الدائن الانتقال بطل. وإذا أجازه كان له مفعول رجعي منذ اليوم الذي تم فيه الاتفاق بين المديون ومن انتقل إليه الدين».

«ولا يجوز إعطاء الإجازة إلا بعد أن يبلغ المتعاقدون الانتقال إلى الدائن. ويجب إعطاؤها من خلال المهلة المعينة في البلاغ، وإذا لم تعين مهلة ففي خلال المدة التي تعد كافية للاختيار.

«وإذا انقضت المهلة عدت الإجازة مرفوضة».

وعلى ضوء ذلك نجد أن حوالة الدين في القانون اللبناني التي تتم بين المدين والمحال عليه تنعقد موقوفاً أثرها على إجازة الدائن، فإذا أجازها خلال المدة المعينة في إعلانه أو في خلال المدة الكافية للاختيار تنفذ بأثر رجعي منذ تاريخ انعقادها، وإذا لم يقرها أو لم تصدر الإجازة خلال المهلة بطلت الحوالة وأصبحت عديمة الأثر حتى فيما بين المتعاقدين.

المطلب الثاني: شروط النفاذ

ـ إقرار الدائن للحوالة شرطاً لنفاذها قبله:

إذا كانت حوالة الدين اتفاق بين المدين الأصلي (المحيل) وشخص آخر يتحمل عنه الدين (المحال عليه) إلا أنها تؤثر مباشرة في مصالح الدائن، إذ أنها تؤدي إلى إحلال المحال عليه محل المدين الأصلي. ومن الثابت أن المدينين يتفاوتون في يسارهم كما أنهم يتفاوتون في حسن القضاء والمطل، كما يقول الحنفية ـ ولذلك كانت القاعدة أن حوالة الدين لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (م ٣١٦ مدني). وعلى ذلك لا يكفي إعلان الدائن بحوالة الدين، على عكس الحال في حوالة الحق، حيث يكفي إعلان المدين. فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه لأن تغيير المدين أمر خطير، وإنما يبقى الخيار له بين إقرار الحوالة أو رفضها.

ومما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن إقرار الدائن للحوالة لا يعتبر قبولاً ينعقد به عقد جديد يرتب آثاره من وقت الإقرار، بل أن هذا الإقرار يرد على عقد تم تكوينه باتفاق طرفيه المدين الأصلي والمحال عليه. غير أنه إذا تم هذا الإقرار استند أثره إلى تاريخ انعقاد الحوالة، ويترتب على ذلك أن يصبح المحال عليه في علاقته بالدائن خلفاً خاصاً للمحيل من هذا التاريخ. لكن إذا رفض الدائن الحوالة فانها لا تنفذ في حقه ولا ينتقل الدين بالتالي من المحيل، المدين الأصلي، إلى المحال عليه، بل يظل المحيل ملتزماً بالدين في مواجهة الدائن.

ولا يشترط في إقرار الدائن شكلاً خاصاً بل يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً. ومن صور الإقرار الضمني أن يقبل الدائن من المحال عليه، مع علمه بالحوالة ودون تحفظ، الوفاء ببعض الدين، أو قبضه الفوائد المستحقة منه. ومن ذلك أيضاً أن يطالب الدائن المحال عليه بأداء الدين، أو أن يمنحه أجلاً للوفاء به. كما لا يشترط لصحة الإقرار أن يكون قد سبق إعلان الدائن بالحوالة بل له إذا علم بها أن يقرها ولو لم تكن قد أعلنت عليه بعد.

وليس لإقرار الدائن ميعاد محدد يجب صدوره فيه بل للدائن أن يقر الحوالة في أي وقت بعد انعقادها طالما لم يعدل عنها طرفيها قبل الإقرار، ولم يرفض الدائن الحوالة من قبل. لكن يجوز للمحيل إو المحال عليه، إذا رأى مصلحته تقتضي أن

يحدد الدائن موقفه من الحوالة، أن يعلنه بها وأن يحدد له أجلاً معقولاً للإفصاح مما يعتزمه في شأنها. فإذا انقضى الأجل والدائن باق على سكوته. اعتبر ذلك السكوت رفضاً للحوالة (م ٣١٦/ ٢ مدني).

على أن هناك صورة عملية بالغة الأهمية نصت عليها المادة ٣٢٢ مدني وفيها يعتبر السكوت إقراراً. وهذه الصورة تعرض عند التصرف في عقار مرهون رهناً رسمياً حيث أن التصرف في هذا العقار لا يستتبع انتقال الدين المضمون بالرهن إلى المتصرف إليه إلا إذا اتفق على ذلك (م ٣٢٢/ ١ مدني). فإذا اتفق البائع والمشتري مثلاً على حوالة الدين وسجل عقد البيع تعين على الدائن طبقاً للمادة ٣٢٢/ ٣ مدني «متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقراراً». وتتميز هذه الصورة الخاصة من الحوالة بعدة أمور أولها أن المشرع حدد الأجل الذي يجب على الدائن أن يفصح فيه عن موقفه من الحوالة بستة أشهر تبدأ من تاريخ الإعلان إذا وقع بعد تسجيل عقد بيع العقار المرهون ومن تاريخ التسجيل إذا تم الإعلان قبل هذا التسجيل. ثانيها، يجب أن يكون الإعلان رسمياً، أي على يد محضر، وإلا كان عديم الأثر.

والعلة من هذا النص هو الموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن فالمشرع أراد بالنص على اعتبار سكوت الدائن في هذه الحالة إقراراً لا رفضاً للحوالة. أن ييسر للمدين الأصلي سبيل التخلص من الدين بعد أن انتقلت ملكية العقار المرهون ضماناً لهذا الدين وذلك لتجتمع المسؤولية الشخصية والعينية في شخص المشتري. كما أن المشرع لم يهدر مصلحة الدائن إذ يستطيع أن يمنع هذا الانتقال ويستبقي مدينه الأصلي مسؤولاً شخصياً عن الدين بأن يرفض الحوالة، لكن إذا سكت الدائن بعد إعلانه بالحوالة إلى أن انقضى ميعاد الستة الأشهر، كان هذا السكوت إقراراً للحوالة لا رفضاً لها.

في القانون اللبناني تعتبر إجازة الدائن للحوالة شرطاً لترتيب الحوالة آثارها سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للدائن (م ٢٨٧ موجبات وعقود).

المبحث الثاني: آثار الحوالة

لدراسة آثار الحوالة يجب أن نفرق بين علاقات ثلاث: علاقة المدين الأصلي

(المحيل) بالمحال عليه، وعلاقة الدائن بالمحال عليه، وأخيراً علاقة الدائن بالمدين الأصلي.

المطلب الأول: علاقة المحيل بالمحال عليه

تترجم هذه العلاقة آثار اتفاق الحوالة بين طرفيه، المدين الأصلي (المحيل) والمحال عليه. وهذه الآثار تتحدد وفقاً لما يتراءى للطرفين. فقد يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلا إذا أقرها الدائن، أو أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن.

فإذا سكت الطرفان عن تنظيم تلك الآثار وجب الرجوع إلى القواعد المكملة لإرادتهما والواردة في هذا الصدد. وعلى ضوء هذه القواعد نجد أن آثار الحوالة بين طرفيها تختلف بحسب موقف الدائن منها.

أولاً: قبل إقرار الدائن للحوالة وعند الرفض:

المبدأ أن الحوالة لا تكون نافذة قبل الدائن طالما أنه لم يقرها ومن باب أولى إذا كان قد رفضها. ويترتب على ذلك أن يكون المدين الأصلي هو المسؤول أمامه عن الدين. هذا فيما يتعلق بالدائن، أما بالنسبة لطرفي الحوالة فإنه بمجرد انعقادها صحيحة فأنها تكون نافذة فيما بينهما، وهي لذلك تنشىء التزاماً في ذمة المحال عليه قبل المحيل. وهذا ما نصت عليها المادة ١/٣١٧ مدني بقولها «أن المحال عليه (يكون) ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب». والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به، لكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك، كأن يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلي بالدين. وعند عدم الاتفاق على شيء من ذلك فإن جوهر التزام المحال عليه هو أن يدرأ عن المدين الأصلي مطالبة الدائن له، بوفائه الدين للدائن، أو على الأقل تسليم مقدار الدين للمدين الأصلي ليقوم هذا بنفسه بالوفاء لدائنه.

فإذا لم يقم المحال عليه بالتزامه هذا، كان للمدين الأصلي أن يرجع عليه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة. هذا مع ملاحظة أنه «لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه

بمقتضى عقد الحوالة» (م ٣١٧/ ٢ مدني)، فقد يكون المحال عليه قد اشترط على المدين الأصلي مقابلاً لتحمله بالدين عنه. فإذا كان المدين لم يؤد هذا المقابل كان للمحال عليه، إذا طالبه المدين بتنفيذ التزامه بالوفاء للدائن، أن يدفع بعدم التنفيذ طبقاً للقاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين.

في القانون اللبناني قبل إجازة الدائن للحوالة تبقى آثارها موقوفة ويستطيع المتعاقدان أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه (م ٢٨٧/ ٢ موجبات وعقود).

وإذا رفض الدائن إجازة الحوالة أو انقضت المهلة المعينة لذلك بطلت الحوالة وأصبحت عديمة الأثر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للدائن.

ثانياً: بعد إقرار الدائن للحوالة:

بعد إقرار الدائن للحوالة تصبح هذه الحوالة نافذة في حقه ويترتب على ذلك أن يصبح المحال عليه ملتزماً نحو الدائن بالدين المحال به، وتبرأ ذمة المدين الأصلي. وينعكس ذلك على العلاقة بين المدين الأصلي والمحال عليه، إذ يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي ما يعادل قيمة الدين الذي تحمله عنه منذ برئت ذمته من الدين، أي منذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن. في القانون اللبناني إجازة الدائن للحوالة يجعلها ترتب آثارها منذ يوم إنعقادها.

ولتحديد القواعد التي تحكم العلاقة بين المحال عليه والمدين الأصلي يجب الوقوف على الغرض المقصود من الحوالة. فقد يكون الغرض من تحمل المحال عليه تبعة الدين هو إقراض المدين الأصلي ما يعادل مبلغ الدين. ففي هذه الحالة يرجع المحال عليه على المدين الأصلي بما أقرضه طبقاً لشروط القرض الذي تم بينهما. وقد يكون القصد من ذلك وفاء المحال عليه بدين للمدين الأصلي ترتب في ذمته قبله كثمن لم يتم أداؤه، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين في ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين. وقد يكون القصد من ذلك أن يتبرع المحال عليه للمدين الأصلي بقيمة الدين الذي تحمل عنه به، ففي هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق في خصوصها القواعد العامة في التبرع.

المطلب الثاني: علاقة الدائن بالمحال عليه

تختلف هذه العلاقة قبل إقرار الحوالة عنها بعد إقرارها.

أولاً: قبل إقرار الحوالة:

قبل إقرار الحوالة، ليس للدائن أي حق قبل المحال عليه وعلى ذلك فقبل هذا الإقرار يكون لطرفي الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها. أما بعد الإقرار فلا مجال للتعديل أو العدول ويكون للدائن أن يتمسك بالحوالة كما هي. ولكن لكي ينتج هذا الإقرار، كتعبير للإرادة، أثره القانوني يجب أن يتصل بعلم من وجه إليه، المدين الأصلي أو المحال عليه، وذلك طبقاً للقواعد العامة (م ٢٩١ مدني مصري، م ٢٨٧ موجبات وعقود لبناني).

ثانياً: بعد إقرار الحوالة:

إذا أقر الدائن الحوالة واتصل هذا الإقرار بعلم من وجه إليه، انتقل ذات الدين من المدين الأصلي إلى المحال عليه، ويصبح المحال عليه مديناً بنفس الدين قبل الدائن.

وعلى ذلك فحوالة الدين لا تنشىء ديناً جديداً على عاتق المحال عليه. ويترتب على انتقال نفس الدين من المدين الأصلي إلى المحال عليه النتائج الآتية:

١ ـ التزام المحال عليه يبقى محتفظاً بالصفات التي كانت لدين المدين الأصلي. فمثلاً إذا كان هذا الدين تجارياً بقي كذلك بالنسبة للمحال عليه.

٢ ـ تبقى للدين المحال به ضماناته (م ٣١٨/ ١ مدني مصري م ٢٨٨ موجبات وعقود لبناني) دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك. وتسري هذه القاعدة على التأمينات العينية التي تقررت من جهة المدين الأصلي. أما إذا كان المدين مضموناً بكفالة شخصية أو عينية، فإن الكفيل لا يضمن المحال عليه إلا إذا رضي بالحوالة (م ٣١٨/ ٢ مدني مصري، م ٢٨٨ موجبات وعقود لبناني). ذلك أن الكفالة عقد يقوم على ثقة الكفيل في المدين الذي يضمنه.

٣ ـ ويترتب على انتقال الدين ذاته إلى المحال عليه، أن يكون لهذا الأخير أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (م ٣٢٠ مدني مصري م ٢٨٩ موجبات وعقود لبناني).

والدفوع التي كان للمدين أن يتمسك بها هي الدفوع المتعلقة بالدين المحال به، كالدفع بالبطلان أو الإبطال، وكالدفع بانقضاء الدين بأي سبب من أسباب الانقضاء، على أنه يلاحظ فيما يتعلق بالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به ودين على الدائن للمدين الأصلي، أنه إذا كان المدين الأصلي يعلم وقت الحوالة بأن له ديناً على دائنه، فإن إقدامه على الحوالة، رغم علمه يفيد نزوله عن التمسك بالمقاصة، فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها.

وكذلك للمحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة، كالدفع ببطلان أو إبطال الحوالة.

وأخيراً للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفوع الخاصة بشخصه كالدفع بالمقاصة بين حق له على الدائن والدين المحال به. أما الدفوع الخاصة بشخص المحيل فلا يجوز له التمسك بها.

المطلب الثالث: علاقة الدائن بالمحيل

قبل إقرار الدائن للحوالة يبقى المدين الأصلي ملزماً بالدين، ويجوز للدائن أن يطالبه بأداء الدين رغم الحوالة.

أما بعد إقرار الحوالة فإن المدين الأصلي تبرأ ذمته من الدين، ويصبح المحال عليه مديناً به.

ولكن الغالب أن الدائن ما كان يقر الحوالة، وبالتالي إبراء ذمة المدين الأصلي، إلا إذا وثق من يسار المحال عليه. ولذلك نصت المادة ٣١٩ مدني على أنه «يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن الحوالة، ما لم يتفق علي غير ذلك» ومفاد ذلك أن براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن براءة نهائية معقودة بيسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة. وعلى ذلك إذا كان المحال عليه معسراً في ذلك الوقت، وكان الدائن يجهل هذا الإعسار فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي.

هذه القاعدة غير متعلقة بالنظام العام إذ يجوز الاتفاق على عكسها، فيجوز أن يبرىء الدائن ذمة المدين الأصلي نهائياً بالرغم من إعسار المحال عليه. بل ويعتبر الدائن قد أعفى مدينه الأصلي من ضمان يسار المحال عليه، إذا كان عالماً وقت الإقرار بإعسار هذا الأخير.

الفصل الثاني

الصورة الخاصة بحوالة المدين

ـ الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه:

إذا كان الغالب المألوف أن تنعقد الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن تنعقد باتفاق الدائن والمحال عليه (م ٣٢١ مدني مصري م ٢٨٧/١ موجبات وعقود لبناني). ولا يشترط في هذه الحالة رضاء المدين، فالحوالة تنعقد سواء أقرها المدين أو مانع فيها وذلك راجع إلى أن القاعدة أن الوفاء يجوز من غير المدين ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم معارضته.

وبالنسبة لانعقاد الحوالة وصحتهـا في هذه الصورة فإنها تخضع للقواعد العامة ولا يوجد جديد في هذا الصدد.

وبالنسبة لآثار الحوالة في هذه الصورة فإنه يترتب على الحوالة بالإضافة إلى براءة ذمة المدين الأصلي، أن ينتقل الدين ذاته إلى المحال عليه بصفاته وضماناته ودفوعه، كما هو الحال في الحوالة في صورتها العادية (م ٢/٣٢١ مدني).

أما بالنسبة إلى علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه، فإنه بمجرد انعقاد الحوالة بين المحال عليه والدائن يعتبر أن المحال عليه قد أدى إلى المدين الأصلي ما يعادل قيمة الدين المحال به. فإن لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع بهذه القيمة للمدين الأصلي، كان له الرجوع عليه بها.



القسم الثالث
انقضاء الالتزام

ـ أسباب انقضاء الالتزام:

الالتزام أو الحق الشخصي مصيره حتماً إلى الزوال، أما بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء. فتأبيد رابطة الالتزام يتعارض مع الحرية الشخصية للمدين.

وقد تناول التقنين المدني المصري أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات بوجه عام، في المواد من ٣٢٣ إلى ٣٨٨ وقد تناول قانون الموجبات والعقود سقوط الموجبات في الكتاب الخامس منه في المواد ٢٩٠ ـ ٣٦١. وقد صنف التقنين المدني المصري وقانون الموجبات اللبناني أسباب الانقضاء في ثلاث طوائف هي:

أولاً؛ انقضاء الالتزام بالوفاء، إذ هو الطريق الطبيعي والمألوف لانقضاء الالتزام، وفيه يؤدي للدائن حقه ذاته.

ثانياً: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وفيه يؤدي للدائن حقه بما يعادله، ويتحقق ذلك في الوفاء بمقابل (الوفاء بأداء العوض كما يسميه قانون الموجبات والعقود)، والتجديد والإنابة والمقاصة، واتحاد الذمة.

ثالثاً: انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء، وفيه ينقضي الالتزام دون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله، ويكون ذلك في الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط (مرور الزمن كما يسميه قانون الموجبات والعقود)، ولندرس هذه الطوائف الثلاث في ثلاثة أبواب على التوالي.

الباب الأول

الوفاء

ـ التعريف بالوفاء وأنواعه:

الوفاء هو النهاية الطبيعية المرغوب فيها للالتزام. فبالوفاء، تصل رابطة الالتزام إلى غايتها ومبتغاها، فالمدين ينفذ ذات الالتزام الذي التزم به تنفيذاً اختيارياً.

وينصرف الوفاء إلى تنفيذ الالتزام أياً كان محله، أي سواء كان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل. وعلى ذلك فالوفاء بالمعنى القانوني لا يقتصر، كما هو الحال في معناه الدارج، على تنفيذ الالتزامات التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود.

والوفاء كما يعتبر سبباً لانقضاء الالتزام، فكذلك يعتبر طريقاً لتنفيذه. ولذا تعالج بعض التشريعات، كالتقنين السويسري والبولوني، أحكام الوفاء عند بحث قواعد التنفيذ. أما التقنين المصري واللبناني ـ جرياً على التقليد اللاتيني تناول أحكام الوفاء بين طرق انقضاء الالتزام.

الوفاء في صورته العادية يتم من جانب المدين ويترتب عليه انقضاء الالتزام، وهذا هو الوفاء البسيط، ولكن قد يقوم شخص غير المدين بوفاء دين الدائن فيترتب على ذلك انقضاء هذا الدين وحلول الموفي محله في الرجوع على المدين.

ـ خطة الدراسة:

سنتناول في هذا الباب، في فصل أول، دراسة الأحكام العامة للوفاء البسيط، ثم في فصل ثان، دراسة الوفاء مع الحلول.



الفصل الأول

الأحكام العامة

في هذا الفصل نتناول بالدراسة ما يلي:

١ ـ طرفا الوفاء، الموفى وهو من يقوم بالوفاء، والموفى له وهو من يتلقى الوفاء.

٢ ـ كيفية الوفاء، من حيث محله وظروفه المختلفة.

المبحث الأول: طرفا الوفاء

ـ الموفى والموفي له؛ طرفا الوفاء هما في العادة المدين والدائن فهما طرفا الالتزام ـ غير أنه قد يقع الوفاء من شخص غير المدين، كما هناك ثمة حالات يصح فيها الوفاء وإن تم بين يدي شخص غير الدائن. ولذلك سنتكلم أولاً في الموفي، وثانياً في الموفي له.

المطلب الأول: الموفي

سبق أن قلنا أن الوفاء قد يقع من المدين أو من شخص من الغير. كما أنه إذا كان الوفاء بالتزام بإعطاء شيء فإنه يشترط لصحته أن يكون الموفي مالكاً للشيء وأهلاً للتصرف فيه، ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: ممن يصح الوفاء:

ـ من المدين أو من الغير: نصت المادة ١/٣٢٣ مدني مصري على أنه يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء، وذلك مع

مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨. وتنص المادة ٢٩٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «يجب على المديون أن ينفذ بنفسه الموجب حيثما يستفاد من نص العقد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يقوم هو نفسه بالتنفيذ» «أما في غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتنفيذ أي شخص كان من غير علم من المديون وبدون أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التدخل».

فالأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه هو الملتزم، وقد ينوب عن المدين نائبه كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم. ولكن يصح كذلك أن يقوم بالوفاء شخص آخر له مصلحة في الوفاء. وغير المدين قد تكون له مصلحة في الوفاء بدين المدين كما لو كان كفيلاً عنه. أو كان قد اشترى من المدين عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً ضماناً لذلك الدين، وهذا هو حائز العقار المرهون فأراد بالوفاء للدائن المرتهن أن يطهر العقار من الرهن.

ومع ذلك قد لا يكون للغير مصلحة في الوفاء بالدين ويوفي به، أما لأنه يريد التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه، وإما أن يكون فضولياً رأى أن المدين مهدداً بإجراء التنفيذ القهري على أمواله فأراد أن يسدي إليه خدمة مؤقتة بأن يوفي للدائن دينه على أن يرجع على المدين بعد ذلك بمقدار ما أوفى. والقاعدة أن الدائن ملزم بقبول الوفاء من الغير إلا في حالتين نصت عليهما المادة ٣٢٣ مدني مصري، م ٢٩٢/١ موجبات وعقود لبناني).

١ - إذا كان للدائن مصلحة في أن يصدر الوفاء من المدين نفسه، في هذه الحالة يكون له أن يرفض الوفاء من الغير. ففي الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨ مدني). ومن ذلك إذا كان قد روعي في الالتزام اعتبار خاص بشخص المدين فللدائن أن يرفض الوفاء من الغير، كتعهد رسام برسم صورة، أو جراح مشهور بإجراء عملية جراحية.

٢ - إذا تقدم للوفاء بدين المدين شخص من الغير، لا مصلحة له في الوفاء، فاعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض في هذه الحالة يكون للدائن الخيار بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه.

وللغير الذي قام بالوفاء أن يرجع على المدين بقدر ما دفعه (م ٣٢٤/ ١)، إلا أن

تكون نيته قد انصرفت إلى التبرع له. ويكون الرجوع بدعوى الفضالة إذا تم الوفاء بغير علم المدين، أو بدعوى الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله فإذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين كان رجوع الموفى على أساس قواعد الإثراء بلا سبب، ويكون للمدين بناء على ذلك أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا ثبت أنه له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء. (م ٣٢٤/ ٢).

ثانياً: شروط صحة الوفاء:

إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فيشترط لصحة الوفاء سواء قام به المدين أو شخص من الغير، شرطان نصت عليهما المادة ٣٢٥ مدني مصري وهما:

١ ـ أن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي وفي به، وذلك حتى يتسنى تنفيذ الالتزام بإعطاء بنقل الحق على الشيء إلى الدائن إذ أنه لو وقع الوفاء بشيء غير مملوك للموفي امتنع ذلك، وجاز للدائن طلب إبطال الوفاء ليتجنب رجوع المالك الحقيقي عليه علاوة على حمل الموفي على إعادة الوفاء صحيحاً إليه.

٢ ـ أن يكون الموفي أهلاً للتصرف في الشيء الموفي به، فالوفاء بالالتزام بإعطاء عمل إرادي من أعمال التصرف ينتقل به الحق على الشيء من الموفي إلى الموفي له. فإذا لم يكون الموفي أهلاً للتصرف كان الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحته. غير أن حق ناقص الأهلية في طلب إبطال الوفاء واسترداد ما أوفى به مشروطاً بأن يكون قد أصابه ضرر بسبب الوفاء (م ٣٢٥/ ٢ مدني)، ولا شك في تحقق شرط الضرر إذا كان الموفي من الغير ولم تكن له مصلحة في وفاء دين المدين. أما إذا كان الموفي هو المدين نفسه فقد يبدو لأول وهلة أنه ليس من المتصور أن يصيبه ضرر من الوفاء بدين التزم به. ومع ذلك يتحقق شرط الضرر في بعض الحالات من ذلك أن يكون المدين ناقص الأهلية قد أوفى قبل حلول الأجل، أو قد أوفى بشيء أكبر قيمة من الشيء المدين به.

المطلب الثاني: الموفى له

القاعدة أن الوفاء يكون للدائن أو لمن له صفة في أستيفاء الدين. أما الوفاء للغير فلا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا في حالات أستثنائية. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: الوفاء للدائن أو لمن له صفة في استيفاء الدين

الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في الدين، وله أن ينيب عنه وكيلاً في ذلك (م ٢٩٣ موجبات وعقود لبناني). وقد جعل المشرع من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة على ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة، ما لم تنتف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً (م ٣٣٢ مدني)، ويكون للمدين في هذه الحالة أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين.

ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين. فإذا كان ناقص الأهلية وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني، كالولي أو الوصي أو القيم، فإذا تم الوفاء له شخصياً كان الوفاء قابلاً للإبطال، ومع ذلك إذا أصاب الدائن ناقص الأهلية منفعة من الوفاء. كان الوفاء إليه صحيحاً بقدر هذه المنفعة.

ثانياً: الوفاء للغير

إذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين فلا تبرأ ذمة المدين من الدين، ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن، لأن القاعدة أن من يفي بالدين غلطاً يفي به مرتين. غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث نصت عليها المادة ٣٣٣ مدني مصري، م ٢٩٣ موجبات وعقود لبناني:

١ ـ إقرار الدائن للوفاء. بهذا الإقرار ينفذ هذا الوفاء في حقه بالنسبة لعلاقته بالمدين. أما بالنسبة لعلاقته بالموفي له، فقد يقصد التبرع له بقيمة الدين الذي استوفاه، أو قد يقصد تنصيبه وكيلاً عنه في قبض الدين، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين على الموفي له تقديم حساب للدائن عن وكالته طبقاً للقواعد العامة.

٢ ـ إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة. مثال ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن فتبرأ ذمة المدين بقدر ما برئت ذمة الدائن قبل دائنه نتيجة هذا الوفاء.

٣ ـ الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته. ويطلق على مثل هذا الشخص اسم الدائن الظاهر. مثال ذلك أن يكون الموفي له قد ظهر بمظهر صاحب الحق، كوارث ظاهر للدائن يتضح بعد ذلك أن الوارث الحقيقي شخص آخر.

ويشترط لصحة الوفاء في هذه الحالة أن يكون المدين حسن النية، أي يعتقد عند الوفاء أنه يؤدي الحق للدائن الحقيقي. فإذا وقع الوفاء صحيحاً في هذه الحالة لم يبق أمام الدائن إلا الرجوع على الموفي له على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان الدائن الظاهر سيء النية وعلى أساس الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية.

المبحث الثاني: كيفية الوفاء

ويقصد بكيفية الوفاء دراسة المسائل المتعلقة بما يكون الوفاء، والظروف المختلفة التي تحيط بالوفاء، من زمان ومكان ونفقات وإثبات، وأخيراً الوسائل القانونية المتاحة للمدين للتغلب على عنت الدائن في قبول الوفاء. من أعذار وعرض حقيقي.

المطلب الأول: محل الوفاء

ويقصد بمحل الوفاء ما يتم به الوفاء من جانب المدين، وهناك قواعد تحكم محل الوفاء. وهذا هو ما نعرضه الآن.

أولاً ـ الوفاء بالشيء المستحق

الأصل أن يكون الوفاء بعين ما التزم به المدين، سواء كان الالتزام بإعطاء أو كان التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل. وهذه القاعدة المقررة لمصلحة الدائن لا يجوز الخروج عليها بصفة عامة إلا بموافقته، فلا يجوز للمدين أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر غير الشيء المستحق ولو كان مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١ مدني مصري، م ٢٩٩ موجبات وعقود لبناني).

ثانياً ـ عدم جواز تجزئة الوفاء

الأصل أن يوفي المدين بكل ما التزم به، فلا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه (م ٣٤٢/ ١ مدني مصري، م ٣٠٠ موجبات وعقود لبناني) هذه القواعد لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسري كذلك على ملحقاته كالمصاريف أو الفوائد، فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلاً عن ملحقاته. على أن هذه القاعدة ليست آمرة فيجوز الاتفاق على تخويل

المدين الحق في تجزئة الوفاء. كما أنه في بعض الحالات ينص القانون على إباحة تجزئة الوفاء استثناء. من ذلك مهلة الوفاء التي يمنحها القاضي طبقاً لنص المادة ٣٤٦/ ٢ مدني مصري، م ٣٠٠/ ٣ موجبات وعقود لبناني).

وقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء حق لكل من الدائن والمدين فيجوز لكل منهما أن يتمسك بها، غير أن المادة ٣٤٢/ ٢ مدني مصري قد أوردت استثناء من هذه القاعدة: فإذا كان الدين متنازعاً فيه، وأقر المدين بجزء منه، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الباقي. ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً.

ثالثاً: كيفية احتساب الخصم عند تعدد الديون:

تعرض هذه المشكلة عندما تتعدد الديون في ذمة المدين لدائن واحد وتكون جميعاً من جنس واحد كنقود مثلاً، ويؤدي المدين مبلغاً لا يفي بها جميعاً فالسؤال كيف يتم احتساب الخصم، أي تعيين جهة الدفع ـ وتثور نفس هذه المشكلة في حالة ما إذا كان المدين ملزماً بدين واحد تتبعه مصاريف وفوائد، وكان ما أداه لا يفي بالدين والملحقات جميعاً وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي. وقد وضع المشرع في المواد ٣٤٣ ـ ٣٤٥ مدني مصري، م ٣٠٧ ـ ٣٠٩ موجبات وعقود لبناني). القواعد التي تتبع في احتساب الخصم في الحالتين. وهي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين فيجوز الاتفاق على مخالفتها.

ـ **ففي حالة الدين الواحد**، يخصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين (م ٢٤٣ مدني مصري).

ـ **وفي حالة تعدد الديون**، للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذي يريد الوفاء به. ويكون اختياره واجب الاحترام ما لم يحل دون ذلك مانع اتفاقي، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين معين، أو مانع قانوني كما لو اختار المدين الوفاء بدين مضاف إلى أجل مقرر لمصلحة الدائن أو اختار ديناً يزيد مقداره عن المبلغ الذي دفعه للدائن بما يؤدي إلى جبر الدائن على قبول وفاء جزئي (م ٣٤٤ مدني مصري).

فإذا لم يعين المدين الدين الذي يريد الوفاء به، فيكون الخصم من حساب الدين المستحق الأداء. فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين،

كالدين الذي يغل فوائد أو المضمون برهن، فإذا تساوت الديون في الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذي يعينه الدائن (م ٢٤٥ مدني مصري) في القانون اللبناني ينتقل الخيار أولاً إلى الدائن الذي يخصص الدين الذي يريد قضاءه في سند المخالصة، فإذا تسلم المدين هذا السند دون اعتراض عد ذلك منه قبولاً وأصبح التعيين نهائياً، أما إذا اعترض على تعيين الدائن تم هذا التعيين على النحو السابق بيانه (م ٣٠٧/ ٢ موجبات وعقود لبناني) مع فارق بسيط وهو عندما تتساوى الديون في الكلفة فيكون الخصم من حساب الديون جميعاً بنسبة مقاديرها.

المطلب الثاني: ظروف الوفاء

ونقصد بظروف الوفاء ما يتعلق منها بزمان الوفاء، ومكان الوفاء، ونفقات الوفاء، إثبات الوفاء.

أولاً: زمان الوفاء:

القاعدة: يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بذلك (م ٣٤٦/ ١ مدني مصري م ٣٠٣ موجبات وعقود لبناني). معنى ذلك أنه إذا لم يكن الالتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف وجب الوفاء به فوراً بمجرد نشوئه، وإلا كان للدائن أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ القهري.

الاستثناء: نظرة الميسرة: إن استحقاق أداء الالتزام لا يمنع من تأجيل تنفيذه بناء على نظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضي للمدين. ونظرة الميسرة هي أجل قضائي يجوز منحه للمدين إذا توافرت شروط معينة نصت عليها المادة ٣٤٦/ ٢ مدني بقولها «على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». وتنص المادة ١١٥ موجبات وعقود لبناني على أن «للقاضي أن ينظر بعين الاعتبار إلى حالة المديون إذا كان حسن النية، فيمنحه مع الاحتياط الشديد مهلة معتدلة لإيفاء الموجب، ويأمر بتوقيف المداعاة مع إبقاء كل شيء على حاله، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف».

وعلى ذلك فإن القاضي يستطيع أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالتزامه إذا توافرت

شروط ثلاثة: ١ ـ ألا يوجد نص في القانون يمنع من نظرة الميسرة[1].

٢ ـ أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها.

٣ ـ ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، كأن يكون قد عول على استيفاء حقه لكي يوفي ما عليه من ديون في آجالها وإلا كان معرضاً للإفلاس، ففي هذه الحالة تكون مصلحة الدائن أولى بالرعاية ولا يمنح القاضي للمدين أي مهلة للوفاء.

ثانياً: مكان الوفاء:

القاعدة: إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م ٣٤٧/ ١ مدني مصري)، وتنص المادة ٣٠٢ موجبات وعقود لبناني على أن «يجب إيفاء الدين بالمكان المعين في العقدة وإذا لم يوضع شرط صريح أو ضمني في هذا الشأن، وجب الإيفاء في محل إقامة المديون. أما إذا كان موضوع الموجب عيناً معينة، فيجب التنفيذ حيث كان الشيء عند إنشاء العقد».

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء. أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (م ٣٤٧/ ٢ مدني).

معنى ذلك أنه على الدائن أن يسعى إلى المدين لاستيفاء حقه، دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به، وهذا ما يعبر عنه بأن «الدين مطلوب لا محمول».

ثالثاً: نفقات الوفاء:

القاعدة: تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م ٣٤٨ مدني).

ويعتبر من نفقات الوفاء مصاريف شحن البضاعة إلى مكان التسليم، ونفقات إعداد المبيع للتسليم وغير ذلك من نفقات.

وهذه القاعدة لا يعمل فيها إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغيرها. من ذلك أن يتفق في عقد البيع مثلاً على أن يكون التسليم خالصاً من أجرة النقل والرسوم

(١) من هذا القبيل نص المادة ١٥٨ و ٤٦١ من التقنين المدني والمادة ١٥٦ من التقنين التجاري.

الجمركية. وفي هذه الحالة يتحمل البائع هذه النفقات بدلاً من المشتري كما هو الأصل. ومثال النص ما تقضي به المادة ٤٦٢ مدني من تحميل المشتري رسوم تسجيل عقد بيع العقار وذلك على خلاف القاعدة السابقة حيث أن نفقات التسجيل هي نفقات لازمة لوفاء البائع بالتزامه بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري.

رابعاً: إثبات الوفاء:

يخضع إثبات الوفاء للقواعد العامة في الإثبات ـ فيقع عبء إثبات الوفاء على المدين (م ١ من قانون الإثبات). ويجب الإثبات بالكتابة إذا زادت القيمة الموفي بها عن ١٠٠ جنيه (م ٦٠ من قانون الإثبات). أو عن ٤٠٠٠٠ ليرة لبناني (م ٢٤٥/١ أصول محاكمات مدنية لبناني).

وقد هيأ المشرع للموفي السبيل إلى الحصول على الدليل المثبت للوفاء فنصت المادة ٣٤٩ مدني مصري على أنه «لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء، فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند» فإذا رفض الدائن القيام بذلك. جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً. فيحصل بذلك على الدليل المطلوب. (م ٣٠٥، ٣٠٦ موجبات وعقود لبناني).

المطلب الثالث: موقف المدين من امتناع الدائن

من الواضح أن للمدين مصلحة في أن تبرأ ذمته من دينه لكن قد يحول دون ذلك امتناع الدائن عن قبول الوفاء. إزاء هذا الموقف قد بين المشرع الطريق الواجب الاتباع من جانب المدين للتغلب على هذا التعنت.

هذا الطريق يتمثل في إجراءات العرض الحقيقي من جانب المدين. لكن يجب أن يسبق هذه الإجراءات قيام المدين باعذار الدائن وذلك حتى يسجل عليه رسمياً رفضه للوفاء. وسوف ندرس هذه النقاط تفصيلاً على التوالي.

أولاً: الاعذار:

قد حدد المشرع ثلاث حالات لتعنت الدائن في عدم قبول الوفاء مما يخول للمدين إعذاره فيها: ١ ـ حالة رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً، أي الوفاء استكمل لشروطه من حيث الموضوع والميعاد وطريقة التنفيذ، دون أي مبرر ـ ٢ ـ

حالة تصريح الدائن بعدم قبول الوفاء، ٣ ـ وحالة امتناعه عن القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها (م ٣٣٤ مدني مصري). كامتناع المشتري عن التصديق على إمضائه لإجراء تسجيل عقد بيع العقار. كما تنص المادة ٢٩٤/١ موجبات وعقود لبناني على «أن الدائن الذي يرفض لغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول، يعد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي».

والغرض من اعذار المدين للدائن هو تسجيل رفضه الوفاء ولذلك يجب أن يتم ذلك في إعلان رسمي، أي على يد محضر. فإذا تم هذا الاعذار ترتبت عليه عدة آثار لمصلحة المدين (م ٣٣٥ مدني مصري، م ٢٩٤/٢ موجبات وعقود لبناني).

١ ـ وقف سريان الفوائد إذا كان الدين يغل فائدة.

٢ ـ حق المدين في المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر من جراء رفض الدائن قبول الوفاء.

٣ ـ انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن.

٤ ـ حق المدين في اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وما يتبعه من إيداع الشيء على نفقة الدائن. وهذا ما نبحثه فيما يلي:

ثانياً ـ العرض الحقيقي:

لا يترتب على مجرد أعذار الدائن أن تبرأ ذمة المدين من الدين، بل يجب لترتيب هذا الأثر أن يلجأ المدين إلى إجراءات العرض الحقيقي التي نص عليها قانون المرافعات المصري في المواد ٤٨٧ ـ ٤٩٣ والمواد من ٨٢٢ ـ ٨٢٦ من قانون أصول المحاكمات اللبناني. وتتلخص هذه الإجراءات في مراحل ثلاث:

١ ـ العرض: ويختلف العرض باختلاف محله. فإذا كان الشيء المعروض من النقود أو غيرها من المنقولات، فإن العرض يكون بأن يسلم المدين للمحضر (كاتب عدل في لبنان) هذه الأشياء ليعرضها على الدائن في موطنه عرضاً فعلياً، أما بالنسبة لما لا يمكن تسليمه من الأعيان في موطن الدائن، فيكون العرض بمجرد تكليف الدائن على يد محضر (كاتب عدل في لبنان) بتسلمه. ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف بيان الشيء المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه (م ٤٨٧ مرافعات مصري، م ٨٢٢ أصول محاكمات مدنية لبناني).

مما تجدر ملاحظته أنه يجوز العرض الحقيقي في الجلسة أمام المحكمة دون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً، وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة (م ٤٨٩ مرافعات).

٢ - **الإيداع أو الحراسة**: تبدأ المرحلة الثانية إذا رفض الدائن العرض. فإذا كان الشيء المعروض من النقود قام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ المحضر على الأكثر. ويجب أن يتناول الإيداع المعروض مع فوائده التي استحقت لغاية يوم الإيداع (م ٤٩٠ مرافعات)، وعلى المدين إعلان الدائن بصورة محضر الإيداع في ظرف ثلاثة أيام من تاريخه. وإذا كان المعروض شيئاً غير النقود جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الترخيص في إيداعه بالمكان الذي يعينه القاضي إذا كان الشيء مما يمكن نقله أما إذا كان الشيء معد للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ٤٤٨/ ٢ مرافعات مصري، م ٨٢٣/ ٣ أصول محاكمات مدنية لبناني م ٣٣٦ مدني مصري، م ٣٩٦/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

وإذا كان محل الوفاء شيئاً من الأشياء التي يسرع إليها التلف، أو التي يتطلب إيداعها أو حراستها نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمتها فيجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيعها بالمزاد العلني وأن يودع الثمن خزانة المحكمة. أما إذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف (م ٣٣٧ مدني مصري، م ٢٩٦ موجبات وعقود لبناني).

ويجوز للمدين أن يلجأ إلى الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء ولو لم يعذر الدائن في الحالات الآتية (م ٣٣٨ مدني مصري):

١ - إذا كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه، كما هو الشأن في وارث مجهول.

٢ - إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء.

٣ - إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص، ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق بينهم.

٤ - إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء.

٣ ـ الحكم بصحة العرض والإيداع:

لكي يقوم العرض الحقيقي بالنسبة للمدين مقام الوفاء يجب أن يتلوه إيداع على النحو السابق بيانه، أو يتلوه أي إجراء مماثل وذلك بشرط أن يقبله الدائن أو يصدر حكم نهائي بصحته (م ٣٣٩ مدني مصري). فقد ينازع الدائن في صحة العرض، ويطلب الحكم ببطلانه. كما أن المدين قد لا ينتظر منازعة الدائن بل يبادر بطلب الحكم بصحة العرض حتى يمنع كل نزاع مستقبل في شأنه. ولذلك نصت المادة ٤٩٠ مرافعات على أنه «. . . وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض».

في القانون اللبناني تنص المادة ١/٨٢٤ أصول محاكمات مدنية على أنه «على المدين، تحت طائلة سقوط الآثار المدنية على العرض والإيداع، أن يتقدم خلال عشرة أيام من تاريخ تبلغه رفض الدائن بدعوى لإثبات صحة العرض والإيداع. ويكون للدائن خلال عشرة أيام منذ تاريخ صدور رفضه أن يتقدم بدعوى لإثبات بطلان العرض والإيداع».

وإذا حكم للدائن ببطلان العرض زالت كافة الآثار التي ترتبت على العرض والإيداع واسترد المدين ما أودعه وظلت ذمته مشغولة بالالتزام. أما إذا صدر الحكم لمصلحة المدين، أي صدر الحكم نهائياً بصحة العرض والإيداع، فتبرأ ذمة المدين من التزامه قبل الدائن اعتباراً من يوم العرض (م ٨٢٥ أصول محاكمات مدنية لبناني).

ويلاحظ أن للمدين أن يرجع عن العرض ما دام الدائن لم يقبله ولم يصدر حكم نهائي بصحته (م ١/٣٤٠ مدني مصري، م ٢٩٧ موجبات وعقود لبناني)، ويكون للمدين أن يسترد ما أودعه ويظل الدين باقياً في ذمته وذلك بشرط أن يثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه في العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام (م ٤٩٢ مرافعات). أما بعد قبول العرض من الدائن أو صدور حكم نهائي بصحته، فلا يجوز الرجوع في العرض إلا بموافقة الدائن، إذ أن العرض في هذه الحالة يقوم مقام الوفاء، فإذا ارتضى الدائن رجوع المدين اعتبر الوفاء كأن لم يكن فيظل المدين ملتزماً بالدين. ولكن ليس للدائن بعد ذلك أن يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات ولا يكون له الرجوع على المدينين المتضامنين أو الكفلاء (م ٢/٣٤٠ مدني).

الفصل الثاني

الوفاء مع الحلول

ـ التعريف به:

الأثر الطبيعي للوفاء هو انقضاء الدين، وذلك سواء كان الموفي هو المدين أو الغير. وحيث أن الغير يوفي بدين لا مصلحة له فيه فإن له أن يرجع على المدين طبقاً للقواعد العامة. هذا الرجوع يكون بدعوى الوكالة أو الفضالة أو بدعوى الإثراء على حساب الغير حسب الأحوال وعلى النحو السابق بيانه. ورجوع الغير على المدين بهذه الدعوى الشخصية إنما يكون بناء على دين جديد له مصدر مستقل عن الدين القديم الذي انقضى بالوفاء. ويترتب على ذلك أن الموفي لا يستطيع أن يستفيد مما كان للدين الذي وفاه من صفات أو ضمانات لأنها انقضت بانقضائه. علاوة على ذلك إذا كان المدين معسراً تعرض الموفي لمزاحمة باقي الدائنين وما يستتبع ذلك من قسمة غرماء.

وتفادياً لهذه النتيجة الضارة بالغير نص القانون، في بعض الحالات التي للغير فيها مصلحة في الوفاء بالدين، على حلول الموفي محل الدائن، مما يتيح له الرجوع بدعوى الحلول. أي بالرجوع على المدين بنفس الحق الذي كان للدائن. علاوة على رجوعه بالدعوى الشخصية. في غير هذه الحالات التي نص عليها القانون أجاز المشرع الاتفاق على الحلول مع الدائن أو مع المدين. وقد نصت المادة ٢/٣١٠ موجبات وعقود لبناني على أنه «يجوز أن يكون الإيفاء مقتصراً على نقل الدين إذا كان مقترناً باستبدال، فيقدر عندئذ أن الدين موفي كله أو بعضه من قبل شخص لا يجب أن يتحمل كل العبء بوجه نهائي، فيحل محل الدائن الذي استوفى حقه ليتمكن من الرجوع على المديون الأصلي أو على الشركاء في الموجب».

يتضح مما تقدم أن الوفاء مع الحلول هو نوع من الوفاء يؤدي إلى استيفاء الدائن

حقه وحلول الغير الموفي محله في رجوعه على المدين. **فالوفاء مع الحلول نظام قانوني مركب،** فهو بالنسبة للدائن وفاء يترتب عليه انقضاء الدين، وبالتالي براءة ذمة المدين قبل الدائن، وهو بالنسبة للمدين نقل الحق من الدائن إلى الموفي، ولذا يحل هذا الأخير محله في الحق الذي كان له قبل المدين، بما يكفله من تأمينات، وما يلحقه من توابع، وما يتصل به من صفات، وما يرد عليه من دفوع.

ولنر تفصيلاً حالات الوفاء مع الحلول، ثم نعقبها بدراسة آثار الوفاء مع الحلول.

المبحث الأول: حالات الوفاء مع الحلول

سبق أن رأينا أن حلول الموفي محل الدائن قد يتم بقوة القانون، بالإضافة إلى ما أجازه المشرع من الاتفاق على الحلول مع الدائن أو مع المدين. أي أن هناك حلول قانوني وحلول اتفاقي.

أولاً ـ الحلول القانوني:

نصت المادة ٣٢٦ مدني مصري، م ٣١٢ موجبات وعقود لبناني على حالات ثلاث يتم فيها الحلول بقوة القانون علاوة على ذلك توجد حالات أخرى وردت في نصوص متفرقة[1] وسنكتفي هنا ببيان الأحوال التي وردت في نص المادة ٣٢٦ مدني مصري والحالة الرابعة الواردة في نص المادة ٣١٢ موجبات وعقود لبناني:

١ ـ إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو عنه:

ويكون الموفي ملزماً مع المدين إذا كان متضامناً معه في الدين. أو كان شريكاً معه في دين غير قابل للتجزئة. في هذه الحالة يحل المدين الموفي محل الدائن بعد استنزال حصته في الدين ويكون الموفي ملزماً عن المدين إذا كان كفيلاً له، سواء كان كفيلاً شخصياً أو كفيلاً عينياً.

٢ ـ وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم:

والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون الموفي دائناً قام بوفاء دين دائن آخر

---

(١) كنص المادة ١٥٨ من القانون التجاري المصري، م ٣٩١ تجاري لبناني، والمادة ٧٧١ مدني مصري، م ٩٧٢ موجبات وعقود لبناني.

متقدم عليه بما له من تأمين عيني وسواء في ذلك كان الموفي دائناً له ضمان عيني متأخر في المرتبة أم كان دائناً عادياً.

٣ ـ وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون:

والحائز في قانون التأمينات العينية هو من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون أو حق عيني عليه، دون أن يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن. وعلى ذلك فانتقال ملكية العقار من المدين إلى الحائز لا يحول دون مباشرة الدائن بحقه في تتبع العقار للتنفيذ عليه لاستيفاء حقه. وقد يرى الحائز في هذه الحالة أن يوفي للدائن المرتهن بدينه لكي يتجنب التنفيذ على عقاره، فيحل بذلك محل الدائن المرتهن في كافة حقوقه.

٤ ـ وفاء الوارث دين على التركة من ماله الخاص:

هذه الحالة انفرد بها القانون اللبناني دون المصري. والعلة من إيراد هذه الحالة تشجيع الوارث على الوفاء بديون التركة من مالـه الخاص لتفادي البيوع والحجوزات وغيرها من إجراءات التنفيذ. كما أن مبادرة الوارث بدفع دين التركة سيحول دون حجز الأموال الموروثة وبيعها بأثمان بخسة.

ثانياً: الحلول الاتفاقي:

والحلول الاتفاقي قد يتم بالاتفاق مع الدائن أو بالاتفاق مع المدين.

١ ـ الحلول بالاتفاق مع الدائن:

تنص المادة ٣٢٧ مدني مصري على أن «للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء». وتنص المادة ٣١٣ موجبات وعقود لبناني على «أن الدائن الذي قبل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن يحل محله في حقوقه، ويجب أن يحصل الاستبدال صراحة عند الإيفاء على الأكثر» «أما تاريخ سند الإيصال المشتمل على الاستبدال فلا يعد ثابتاً بالنظر إلى الأشخاص الآخرين فيما يختص بالاستبدال إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً».

هذا الحلول يتم بالاتفاق بين الدائن والغير الذي وفى له حقه، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك. كما أنه يجب أن يتم هذا الاتفاق على الحلول بين الدائن

والموفي وقت الوفاء وذلك لأن الوفاء لو تم دون اتفاق على الحلول ترتب عليه انقضاء حق الدائن، ولن يجدي الموفي أن يحل فيه بعد ذلك. كما أن الاتفاق على الحلول في هذا الوقت يحول دون التواطؤ بين الدائن والمدين للأضرار بباقي الدائنين.

والغالب أن يقع التصريح بالحلول في المخالصة التي يعطيها الدائن للغير الموفي. ولا تكون هذه المخالصة حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت.

٢ ـ الحلول بالاتفاق مع المدين:

تنص المادة ٣٢٨ مدني على أنه «يجوز أيضاً للمدين، إذا اقترض مالاً وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه. ولو بغير رضاء هذا الدائن، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد».

في القانون اللبناني تنص المادة ٣١٤ موجبات وعقود على أن «يكون الاستبدال صحيحاً عندما يقترض المديون مبلغاً من المال لإيفاء ما عليه فيمنح مقرضه، لكي يؤمن على ماله، جميع الحقوق التي كانت لدائنه الأول، الذي أوفى دينه» «وفي مثل هذه الحالة يجب:

١ ـ أن يكون لسند الاقتراض ولسند الإيصال تاريخ صحيح.

٢ ـ أن يصرح في سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد الإيفاء ويصرح في سند الإيصال بأن الإيفاء كان من المال المقترض.

٣ ـ أن يصرح بأن المقرض حل محل الدائن الموفي دينه في ماله من الحقوق» «ولا يشترط رضى الدائن لصحة هذا التعامل».

ويشترط لحلول المقرض محل الدائن في هذه الحالة أن يكون القرض سابقاً على الوفاء، أو معاصراً له على الأكثر. ويترتب على الحلول في هذه الحالة استفادة المقرض من التأمينات التي كانت تضمن حق الدائن الذي حل محله فيه. ويشترط للاحتجاج بتاريخ القرض والمخالصة في مواجهة الغير أن يكون هذا التاريخ ثابتاً.

المبحث الثاني: آثار الحلول

يترتب على الحلول سواء كان اتفاقياً أو قانونياً آثار معينة، لا تختلف باختلاف نوعي الحلول. والأثر الرئيسي للحلول هو انتقال حق الدائن إلى الموفي، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما يرد عليها قيود في حالات معينة ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: القاعدة: حلول الموفي محل الدائن في نفس الحق

تنص المادة ٣٢٩ مدني على أن «من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن».

في القانون اللبناني تنص المادة ٣١٥ موجبات وعقود على «أن الاستبدال القانوني أو الاتفاقي يجعل الدائن البديل يحل في الحقوق محل الدائن الموفي دينه ولكنه لا يكسبه صفة المتفرغ له ولا مركزه».

«ولا يحق له إقامة دعوى الضمان على الدائن الموفي دينه».

«ولا يحل محله إلا بقدر المال الذي دفعه وبنسبته».

«وإذا كان ملزماً مع غيره، فلا يحق له مقاضاة شركائه في الموجب إلا على قدر حصة كل منهم ونصيبه».

ويستفاد من هذا النص أن أثر الحلول لا يقتصر على إفادة الموفي من توابع الحق، بل ينصرف إلى إحلاله في هذا الحق محل الدائن، بما لهذا الحق من خصائص، وما يتبعه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع.

يترتب على الحلول أن ينتقل الحق بخصائصه من الدائن إلى الموفي، كما إذا كان تجارياً، أو كانت له مدد تقادم خاصة، أو كان ثابتاً في سند تنفيذي.

وينتقل الحق من الدائن إلى الموفي بما يلحقه من توابع، كالفوائد، والدعاوي المتصلة به، كدعوى الفسخ المقترنة بدين الثمن والدعوى البوليصية.

وينتقل الحق إلى الموفي بما يكفله من تأمينات، سواء كانت هذه التأمينات شخصية أم عينية. وكانت الاستفادة من هذه التأمينات هي الغرض الأساسي من ابتداع فكرة الحلول، ويلاحظ أنه إذا كان حق الدائن مضموناً بتأمين عقاري مما يجب قيده،

فلا يحتج على الغير بانتقال هذا التأمين إلى الموفي إلا بعد أن يؤشر به على هامش القيد الأصلي (م ١٩ من قانون الشهر العقاري)[1].

وفي مقابل ذلك فإن الموفي يتحمل ما قد يرد على هذا الحق من دفوع، بمعنى أن للمدين أن يدفع في مواجهة الموفي بالدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة الدائن. فإذا كان مصدر حق الدائن عقداً باطلاً أو قابلاً للإبطال، فللمدين أن يدفع بالبطلان أو الإبطال في مواجهة الموفي كما كان يستطيع أن يفعل في مواجهة الدائن، وكذلك إذا كان حق الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء.

رجوع الموفي بدعوى الحلول إلى جانب الدعوى الشخصية:

لكي يستفيد الموفي من الآثار السابقة فإنه يرجع على المدين بدعوى الحلول، أي يرجع بنفس حق الدائن. ولكن استفادة الموفي بدعوى الحلول لا ينفي حقه في الرجوع بالدعوى الشخصية فللموفي الخيار بينهما حسبما يراه محققاً لمصلحته، ويلاحظ أنه إذا رجع الموفي على المدين بدعواه الشخصية، الوكالة أو الفضالة، أو الإثراء أو القرض فإنه يرجع بناء على دين جديد، له مصدر مستقل عن الدين القديم الذي انقضى بالوفاء. وبناء على ذلك فإنه لا يستطيع أن يستفيد بما كان للحق الدائن من خصائص أو توابع أو تأمينات. ومع ذلك فقد يفضل الموفي الرجوع بالدعوى الشخصية من ذلك حالة ما إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة إلى دعوى الحلول، إذ أن هذه المدة تسري في شأنها من اليوم الذي يصبح فيه حق الدائن مستحق الأداء، أو إذا كان حق الدائن مما يتقادم بتقادم قصير، فيكون من مصلحة الموفي الرجوع بالدعوى الشخصية حيث أنها لا تسقط إلا باستكمال مدة التقادم من يوم الوفاء وقد تكون مدة التقادم ١٥ سنة. ومن ذلك أيضاً، إذا كان حق الدائن لا يغل فائدة أو كانت فائدته أقل من الفائدة القانونية فإذا كان الموفي وكيلاً (م ٧١٠ مدني) أو فضولياً (م ١٩٥ مدني) فمن مصلحته أن يرجع على المدين بدعواه الشخصية لأنه يحق له المطالبة بفائدة ما دفعه وفقاً للسعر القانوني من يوم الدفع. وفي ذلك تنص المادة ٥/٣١٥ موجبات وعقود لبناني على أنه «ويحق للدائن البديل، فضلاً عن حق إقامة الدعاوى الناجمة عن الاستبدال، أن يقيم الدعوى الشخصية الناشئة عن تدخله بصفة كونه وكيلاً أو فضولياً».

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٣٣ ص ٣٩٩.

ثانياً ـ القيود الواردة على قاعدة حلول الموفي محل الدائن:

هناك حالات لا يكون فيها الحلول كاملاً. ويمكن إرجاع أهم هذه الحالات إلى نوعين رئيسيين:

١ ـ الوفاء الجزئي:

القاعدة: إنه «إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك» «فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسماً قسمة غرماء» (م ٣٣٠ مدني مصري) ولدراسة هذا النص ينبغي أن نفرض فرضين:

الفرض الأول: إذا وفى الغير الدائن جزء من حقه وحل محله فيه... في هذا الفرض نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ارتضى الدائن الوفاء الجزئي سبباً لانقضاء الدين بأكمله، أي أنه قد تنازل عن الجزء الباقي. في هذه الحالة يستفيد المدين دون الموفي بهذا الإبراء. لا يرجع الموفي على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلاً لا بقيمة الدين كله.

الحالة الثانية: إذا ارتضى الدائن الوفاء الجزئي دون أن يتنازل عن الجزء الباقي. في هذه الحالة يتقدم الدائن على الموفي في استيفاء ما تبقى له في ذمة المدين. وأساس هذا النص تفسير إرادة المتعاقدين المشتركة، إذ الغالب أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئي من الغير إلا بشرط التقدم على الموفي في استيفاء باقي حقه من المدين. ويجب ألا يضار الدائن من قبوله الوفاء الجزئي.

الفرض الثاني: إذا حل موف آخر محل الدائن فيما بقي له من حق، فإن الموفي الأول والموفي الثاني في منزلة واحدة في رجوعهما على المدين، أي أن كلاً منهما يرجع بقدر ما هو مستحق له. ويتقاسمان ما يصيبان من مال المدين قسمة غرماء:

في القانون اللبناني تنص المادة ٣١٦ موجبات وعقود على أنه «في حالة الإيفاء الجزئي يشترك البديل مع الدائن في استعمال الحقوق المختصة بكل منهما على نسبة ما يجب لكل واحد، ويوفي دينهما من أموال المديون على نسبة حصة كل منهما».

ويتضح بعد ذلك أن الموفي يزاحم الدائن عند رجوعهما على المدين وذلك بنسبة حصة كل منهما ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٢ ـ الوفاء من أحد الملزمين بالدين:

إذا تم الوفاء بالدين كله من أحد الملزمين به، كالمدين المتضامن، فإنه لا يرجع على الباقين إلا بقدر حصة كل منهم في هذا الدين (م ٢٩٧ مدني مصري، م ٣١٥/ ٤ موجبات وعقود لبناني). ولو كان الحلول كاملاً لرجع على أي منهم بكل الدين بعد استنزال نصيبه فيه.

وقد طبق المشرع نفس الحكم بالنسبة للحائز فالقاعدة أنه «إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين. فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار» (م ٣٣٠ مدني مصري)[1].

وهذا النص يعالج الحالة التي يتعدد فيها الحائزون لعقارات ضامنة لنفس الدين. ويحدث ذلك عندما يكون عدة عقارات مرهونة لضمان دين واحد وانتقلت ملكيتها إلى عدة أشخاص كما أن هذا الأمر متصور أيضاً لو كان العقار المرهون واحداً إذا بيع جزء منه إلى شخص والجزء الباقي إلى شخص آخر. فإذا وفي أحد الحائزين كل الدين حل محل الدائن في الرجوع على الحائزين الآخرين. ولكن ليس له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه في الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار (م ٣٣١ مدني) ولنفهم هذا الحكم نعطي المثال الآتي: لو فرضنا أن الدين قيمته ٦٠٠٠ جنيه، وكان مضموناً برهون ثلاثة، أحدهما على عقار قيمته ٦٠٠٠ جنيه والثاني قيمته ٤٠٠٠ جنيه والثالث قيمته ٢٠٠٠ جنيه. ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى ثلاث حائزين مختلفين. فإذا وفي الحائز الأول بكل الدين المضمون للدائن فإنه لا يرجع بمقتضى الحلول على الحائزين الآخرين بكل الدين (٦٠٠٠ جنيه) وإنما يرجع عليهم بقدر حصة كل منهم بحسب قيمة ما حازه من عقار إلى مقدار هذا الدين، أي أن نصيب الحائز الثاني يكون كالآتي:

(١) لا يوجد نص مقابل في كل من القانون المدني السوري وقانون الموجبات والعقود اللبناني.

$$\frac{\text{٤٠٠٠ قيمة عقار × ٦٠٠٠ مبلغ الدين المضمون}}{\text{١٢٠٠٠ قيمة التأمين العيني كله}} = \text{٢٠٠٠ جنيه}$$

(مجموع قيمة العقارات الثلاث)

نصيب الحائز الثالث

$$= \frac{\text{٢٠٠٠ قيمة عقاره × ٦٠٠٠ قيمة الدين المضمون}}{\text{١٢٠٠٠ جنيه قيمة التأمين العيني كله}} = \text{١٠٠٠ جنيه}$$

فيتحمل الحائز الأول الذي وفي الدين مبلغ ٣٠٠٠ جنيه فقط ويرجع على الحائز الثاني بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه وعلى الحائز الثالث بمبلغ ١٠٠٠ جنيه.

ليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم في القانون اللبناني بالرغم من عدم ورود نص مقابل لنص المادة ٣٣١ مدني مصري حيث أن ذلك يعد تطبيقاً لحكم المادة ٣١٥/ ٤ موجبات وعقود لبناني.

الباب الثاني
انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

يتقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية، الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة. والجامع المشترك لهذه الأسباب هو أن كلاً منهما يؤدي إلى انقضاء الالتزام دون أن يفي المدين بعين ما التزم به وإنما يستوفي الدائن ما يعادل هذا الوفاء. ففي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئاً آخر خلاف الشيء محل الالتزام، وفي التجديد يفي المدين الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد، وفي المقاصة واتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بانقضاء التزام عليه.

الفصل الأول
الوفاء بمقابل

أولاً ـ التعريف به وطبيعته:

الوفاء بمقابل هو قبول الدائن في استيفاء حقه مقابلاً يستعيض به عن الشيء المستحق أصلاً (م ٣٥٠ مدني مصري، م ٣١٨ موجبات وعقود لبناني). ويسمى الوفاء بمقابل أيضاً بالاعتياض.

والصورة الغالبة للوفاء بمقابل أو الاعتياض، هي أن يكون المدين ملتزماً بدفع مبلغ من النقود ويعجز عن إعداد المبلغ المطلوب فيقبل الدائن منه في استيفاء حقه نقل ملكية عقار أو منقول وفاء لهذا الالتزام، أو أن يحول له حقاً شخصياً ثابتاً للمدين، قبل شخص آخر. على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي بنقل ملكية عين معينة فيرتضي الدائن بدلاً منها مبلغاً من النقود أو عيناً أخرى.

والوفاء بمقابل عملية قانونية مركبة تتضمن مزيجاً من التجديد والبيع والوفاء. ولذلك اختلف الفقهاء بصدده[1].

ثانياً ـ أحكام الوفاء بمقابل:

إن أحكام الوفاء بمقابل هي انعكاس لطبيعته. ولذلك فإن القواعد المنظمة للوفاء بمقابل تتضمن أيضاً مزيجاً من أحكام التجديد والبيع والوفاء (م ٣٥١ مدني مصري، م ٣١٩ موجبات وعقود لبناني).

فالوفاء بمقابل يتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المحل. ولذا ينقضي الالتزام القديم وما يتبعه من تأمينات ولو استحق الشيء المعطي للوفاء في يد الدائن (م ٧٨٣

(١) انظر في عرض هذا الخلاف، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٩٣ ص ٣٤٣ وما بعدها.

مدني). لكن الالتزام الجديد الذي ينشأ محل الالتزام القديم هو التزام بإعطاء شيء في مقابل الدين، لذلك تسري عليه أحكام البيع، منها على الأخص ما يتعلق بنقل ملكية الشيء، وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فيه، وأهلية المتعاقدين، فلا تكفي أهلية الوفاء في الموفي، بل يشترط فيه أهلية التصرف (م ٢٥ مدني). والمحصلة النهائية لهذا الوفاء بمقابل هو انقضاء الالتزام بالوفاء، لذلك اقتضى الرجوع إلى أحكام الوفاء في هذا الشأن، فإذا كانت ديون متعددة بين الدائن المدين. وجب مراعاة قواعد احتساب الخصم السابق ذكرها (م ٣٥١ مدني)[1].

(١) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٩٤ ص ٣٤٤ وما بعدها.

الفصل الثاني
التجديد والإنابة

الصلة الوثيقة بين التجديد والإنابة ترجع إلى أن الإنابة تنطوي على تجديد في بعض صورها. ولذلك سندرس النظامين في مبحثين على التوالي.

المبحث الأول: التجديد

تجديد الدين هو اتفاق يقصد به استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له في عنصر من عناصره، المدين، الدائن، الدين. وعلى ذلك فإن التجديد يعد، في آن واحد، سبباً من أسباب انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه، لأن به ينقضي الالتزام القديم وينشأ الالتزام الجديد الذي يأخذ محله. وعلى ضوء هذا التعريف ينبغي أن ندرس شروط هذا التجديد وأنواعه، ثم نعرض بعد ذلك لأحكامه.

المطلب الأول: شروط التجديد وأنواعه

نعرض في هذا الصدد لشروط التجديد، ثم نتعرف بعد ذلك على أنواعه.

أولاً ـ شروط التجديد:

يشترط لوقوع التجديد شروط ثلاثة: ١ ـ وجود التزام قديم، ٢ ـ إنشاء التزام جديد، ٣ ـ إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم. وهو ما يعبر عنه بنية التجديد.

١ ـ وجود التزام قديم: يتطلب التجديد وجود التزام قديم أولاً حتى ينشأ بعد ذلك التزام جديد ليحل محله. وعلى ذلك إذا كان القديم قد انقضى قبل التجديد بأي سبب آخر من أسباب الانقضاء أو كان هذا الالتزام باطل بطلاناً مطلقاً، وقع الاتفاق

على التجديد باطلاً. ولذلك نصب المادة ٣٥٣/ ١ مدني على أنه «لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان».

وهذا الحكم لا ينطبق بطبيعة الحال على الالتزام القابل للإبطال، إذ يجوز الاتفاق على التجديد بصدد هذا الالتزام. فالالتزام القابل للإبطال كما نحن نعلم أنه التزام موجود إلى أن يقضي بإبطاله، فإذا قضى بإبطاله زال بأثر رجعي، وبطل التجديد كذلك تبعاً لزواله، وكما أن الالتزام القابل للإبطال ترد عليه الإجازة. وهذه الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية ـ ولذلك فإنه قد يستفاد من التجديد نية إجازة الالتزام القديم. وبالتالي التنازل عن الحق في طلب الإبطال مما يترتب عليه تأكد هذا الالتزام، وكذلك تجديده وزوال كل ما يتهدده من خطر الزوال. ولذلك نصت المادة ٣٥٣/ ٢ مدني على أنه «إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا كان قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله».

٢ ـ إنشاء التزام جديد:

جوهر فكرة التجديد هو انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد ليحل محله. وعلى ذلك لا ينقضي الالتزام القديم إلا إذا حل محله التزام جديد، لأن الدائن لا يقبل غير ذلك، كما أن التجديد لا يتم إذا كان الالتزام الجديد باطلاً بطلاناً مطلقاً (م ٣٥٣/ ١ مدني مصري، م ٣٢٢ موجبات وعقود لبناني) أو إذا زال لتحقق الشرط الفاسخ أو لم يوجد لتخلف الشرط الواقف. وفي جميع هذه الأحوال يبقى المدين ملتزماً بالالتزام القديم لأنه لم ينقض.

إذا كان الالتزام الجديد قابلاً للإبطال، فإن الاتفاق على التجديد ينعقد صحيحاً إلى أن يقضي بالإبطال، فإذا قضى به زال الالتزام الجديد بأثر رجعي، واعتبر الالتزام القديم باقياً (م ٣٥٣/ ٢ مدني مصري، م ٣٢٢/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

ويلاحظ أنه لا يتصور التجديد إلا إذا كان الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم في عنصر من عناصره. (م ٣٥٢ مدني مصري، م ٣٢٣ موجبات وعقود لبناني) في القانون اللبناني يجوز تحديد الالتزام الطبيعي بالتزام مدني (م ٣٢٢/ ٣ موجبات وعقود لبناني).

لكن في القانون المصري لا يعتبر التعهد بوفاء بالالتزام الطبيعي تجديداً وإنما الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني (م ٢٠٢ مدني مصري).

٣ ـ نية التجديد:

القاعدة أن التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٥٤/ ١ مدني مصري، م ٣٢٠ موجبات وعقود لبناني) وعلى ذلك فإن التجديد لا يقع إلا إذا انصرفت إرادة المتعاقدين إلى إنشاء التزام جديد ليحل محل الالتزام القديم، أي يجب أن تتوافر نية التجديد لدى المتعاقدين.

على ذلك فإن التجديد لا يستفاد إلا من دلائل قاطعة عليه «وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره» (م ٣٥٤/ ٢ مدني مصري، م ٣٢٤ موجبات وعقود لبناني).

يجب أن يتوافر في طرفي اتفاق التجديد الأهلية اللازمة لإبرامه (م ٣٢١ موجبات وعقود لبناني) والأهلية اللازمة في التجديد هي أهلية التصرف، إذ أن التجديد من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن. وعلى ذلك فإن أهلية الإدارة لا تكفي للاتفاق على التجديد.

ثانياً ـ أنواع التجديد:

سبق أن قلنا أنه لا يتصور التجديد إلا إذا كان الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم في عنصر من عناصره، كتغير الدائن أو المدين، أو تغيير الدين ذاته.

١ ـ التجديد بتغيير الدائن: وذلك إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد (م ٣٥٢/ ٣ مدني).

٢ ـ التجديد بتغيير المدين: وذلك يتم بأحد طريقين:

أ ـ أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، لأن ذلك تعهداً بالوفاء.

ب ـ أن يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي. وتلك هي الإنابة الكاملة على النحو الذي سوف نراه فيما بعد.

٣ ـ التجديد بتغيير الدين: ويتجدد الالتزام بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره (م ٣٥٢ أولاً مدني مصري، م ٣٢٣ موجبات وعقود لبناني). مثال تغيير محل الالتزام أن يتفق الدائن والمدين على أن يلتزم المدين بالقيام بعمل معين أو نقل ملكية عين معينة بدلاً من التزامه بدفع مبلغ من النقود. ومثال تغيير المصدر أن يتفق على أن يستبقي المستأجر أو المشتري الأجرة أو الثمن على سبيل القرض.

المطلب الثاني: أحكام التجديد

أولاً ـ انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه:

يترتب على التجديد أثر مزدوج، انقضاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد مكانه. ومقتضى ذلك أن تنقضي التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي بانقضاء الالتزام القديم ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا استثناء بنص في القانون أو الاتفاق أو تبين من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (م ٣٥٦/ ٢ مدني مصري، م ٣٢٥ موجبات وعقود لبناني).

ثانياً ـ الاتفاق على نقل التأمينات:

أجاز المشرع الاتفاق على نقل التأمينات ولكن قد فرق بين التأمينات العينية التي قدمها للمدين والتأمينات التي قدمت من الغير.

١ ـ التأمينات العينية التي قدمها المدين: تنص المادة ٣٥٧/ ١ (مدني مصري، م ٣٢٥/ ٢، ٣ موجبات وعقود لبناني) على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد بشرط مراعاة الأحكام الآتية:

أ ـ إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير، مثل دائن مرتهن.

ب ـ إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم، في هذه الحالة يصبح المدين القديم، دون حاجة إلى رضائه، كفيلاً عينياً للمدين الجديد. في القانون

اللبناني يشترط رضاء المدين.

جـ ـ إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات.

والاتفاق على نقل التأمينات العينية، في هذه الصور الثلاث لا يكون نافذاً إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد (م ٣٥٧/ ٢ مدني مصري) لأنه لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات لترتب على ذلك انقضاء تلك التأمينات بانقضاء الالتزام القديم، دون استطاعة بعثها من جديد.

ويشترط للاحتجاج على الغير بتاريخ الاتفاق على التجديد والاتفاق على نقل التأمينات أن يكون هذا التاريخ ثابتاً لمنع التواطؤ وحماية الغير. كما يتعين التأشير على هامش قيد التأمين العقاري بالاتفاق على نقله.

٢ ـ التأمينات التي قدمت من الغير: كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن، فإنها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا برضاء الغير بذلك (م ٣٥٨ مدني مصري م ٣٢٥/ ٢ موجبات وعقود لبناني). بالنسبة لحق الامتياز لم يجز المشرع المصري، على خلاف المشرع اللبناني، نقله إلى الدين الجديد.

المبحث الثاني: الإنابة

أولاً ـ تعريف الإنابة:

الإنابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه (م ٣٥٩/ ١ مدني). ويطلق القانون اللبناني عليها اسم «التفويض».

الإنابة عمل قانوني ثلاثي الأطراف المنيب (المفوض) أي المدين، المناب لديه (المفوض لديه) أي الدائن، والمناب (المفوض إليه) وهو الأجنبي الذي ارتضى الوفاء بالدين مكان الدين.

تقع الإنابة في الغالب إذا كان المنيب (المدين) دائناً للمناب (الأجنبي) فيرتضي الأخير الإنابة ليقضي عن طريقها هذا الدين. كما لو أناب البائع المشتري في أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع.

ومع ذلك لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي (م ٣٥٩/ ٢ مدني مصري، ٣٢٦٤/ ٢ موجبات وعقود لبناني)، فقد لا يكون المناب مديناً للمنيب ومع ذلك يرتضي الإنابة بقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب، أو بقصد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك.

ثانياً ـ الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة:

ومعيار التفرقة بينهما يكمن في إبراء ذمة المنيب من عدمه. فالإنابة الكاملة تتضمن استبدال مدين وهو المناب بالمدين الأصلي وهو المنيب. وهي تتضمن تجديداً بتغيير المدين وقد تتضمن في نفس الوقت تجديداً بتغيير الدائن إذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب فلو أناب البائع المشتري في أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع، فإن المشتري (المناب) يصبح مديناً لدائن البائع (المناب لديه) في دين جديد حل محل دين البائع قبل دائنة، وهذا تجديد بتغيير المدين، وفي نفس الوقت يحل هذا الدين الجديد محل دين المشتري قبل البائع، وهذا تجديد بتغيير الدائن (البائع).

ويشترط لكي ترتب الإنابة الكاملة أثرها من حيث إبرائه ذمة المنيب وهو المدين الأصلي: (١) أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً، وهذا تطبيق للقواعد العامة في التجديد. (٢) ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة (م ٣٦٠/ ١ مدني مصري، م ٣٢٧ موجبات وعقود لبناني). وهذا منطقي إذ لا يتصور أن يقبل الدائن إبراء ذمة مدينة الأصلي إلا إذا توافرت في المناب الملاءة وقت الإنابة، لأنه لو كان الأمر على غير ذلك فإنه يكون نتيجة لجهل الدائن بحالة المناب وبالتالي يكون التجديد قابلاً للإبطال للغلط أو التدليس.

الإنابة الناقصة: لا يبرىء فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينه (المنيب) بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضاً عن مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب، لأن التجديد لا يفترض في الإنابة (م ٣٦٠/ ٢ مدني مصري، م ٣٢٦/ ٣ موجبات وعقود لبناني) وعلى ذلك يكون للدائن مدينان، المنيب (المدين الأصلي)، والمناب (المدين الجديد) فيستطيع أن يطالب أياً منهما بأداء دينه.

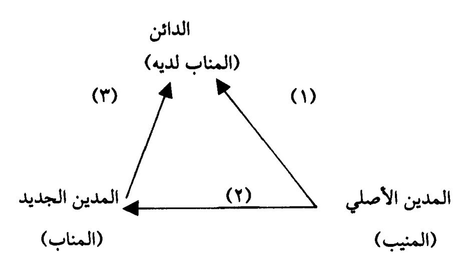
ثالثاً ـ التزام المناب التزام مجرد:

سبق أن رأينا أن الإنابة تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

ومن أجل حماية الدائن (المناب لديه) وتحقيقاً لاستقرار المعاملات وسرعتها فإن المشرع رأى، خلاف للقواعد العامة، أن يجرد التزام المناب قبل المناب لديه من سببه. وسبب التزام المناب يوجد في العلاقة بين المنيب والمناب. فالمناب قد ارتضى أن يلتزم قبل دائن المنيب إما بقصد قضاء دين عليه للمنيب، وأما بقصد القرض أو التبرع.

ويترتب على تجريد التزام المناب قبل المناب لديه من السبب أن هذا الالتزام لا يتأثر بما قد يعتري التزام المناب قبل المنيب من أسباب البطلان أو الانقضاء أو غير ذلك من دفوع، بمعنى أنه يمتنع على المناب أن يتمسك في مواجهة المناب لديه بأوجه الدفع التي له التمسك بها في مواجهة المنيب.

وتدعيماً لحماية المناب لديه أن التزام المناب قبل المناب لديه يستقل أيضاً عن التزام المنيب قبل المناب لديه. بحيث يمتنع على المناب كذلك أن يحتج في مواجهة المناب لديه بالدفوع التي كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب لديه، والرسم التوضيحي التالي يبين ذلك.



وكما هو واضح من الرسم فإن العلاقة رقم ٣ أي العلاقة بين المناب والمناب لديه مستقلة عن كل من العلاقة رقم ٢ والتي يرجع إليها السبب في قبول المناب للإنابة

والعلاقة رقم ١ وهي العلاقة الأصلية بين المدين والدائن. وعلى ذلك فليس أمام المناب إلا أن يؤدي ما التزم به للمناب لديه ولا يبقى له بعد ذلك إلا حق الرجوع على المنيب (م ٣٦١ مدني).

لكن مبدأ تجريد التزام المناب قبل المناب لديه عن السبب لا يتعلق بالنظام العام وإنما هو مقرر لحماية المناب لديه، لذلك كان لهذا الأخير أن يرتضي التنازل عنه. فليس هناك ما يمنع من الاتفاق بين المناب والمناب لديه على أن يكون للمناب التمسك بالدفوع التي كانت له قبل المنيب (م ٣٦١ مدني العبارة الأخيرة).

الفصل الثالث
المقاصة

التعريف بالمقاصة:

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام تقع عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للآخر في نفس الوقت فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما. فبدلاً من أن يوفي كل منهما بدينه للآخر، يتقاص الدينان فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عادياً، فالمقاصة من هذا الوجه أداة وفاء.

وتظهر الأهمية العملية للمقاصة في تسيير وضمان الوفاء بالالتزام. فمن ناحية تحول المقاصة دون عملية الوفاء المزدوج وما تتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر. ومن ناحية أخرى تعتبر المقاصة وسيلة ضمان فعالة، فهي تجنب كل من طرفيها مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر، فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه.

وقد نص القانون على شروط معينة، إذا توافرت وقعت المقاصة بحكم القانون، وهذه هي المقاصة القانونية. وقد نظم المشرع أحكامها تفصيلاً في المواد ٣٦٢ ـ ٣٦٩ مدني. وبجانب المقاصة القانونية يوجد نوعان آخران من المقاصة هما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية. وسوف ندرس أحكام المقاصة القانونية بنوع من التفصيل، ثم نوجز الحديث بعد ذلك عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية.

المبحث الأول: المقاصة القانونية

ولدراسة المقاصة القانونية ينبغي علينا التعرض أولاً لشروطها، وثانياً لآثارها.

المطلب الأول: شروط المقاصة القانونية

تدور شروط المقاصة حول فكرة واحدة، وهي أن المقاصة وفاء للدين بالحق، وإن هذا الوفاء يتم بقوة القانون. ولذلك تنص المادة ٣٦٢ مدني على أنه «١ ـ للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما خالياً من النزاع، مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاء»، «٢ ـ ولا يمنع المقاصة أن يتأخر موعد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن». وعلى ذلك ينبغي أن تتوافر الشروط التالية:

١ ـ التقابل بين الدينين:

ويقصد بذلك أن يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت وبنفس الصفة (م ٣٢٨ موجبات وعقود لبناني). وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا أصبح المدين دائناً لدائنه بعد إعلانه بحوالة الحق ـ كما أن المقاصة لا تقع إذا كان أحد الطرفين مديناً بصفته الشخصية ودائناً بصفته وصياً على قاصر أو وكيلاً أو مدير الشركة.

٢ ـ التماثل في المحل بين الدينين:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة (م ٣٦٢ مدني مصري، م ٣٢٩ موجبات وعقود لبناني) وعلى ذلك لا تتصور المقاصة بالنسبة للالتزامات بعمل أو امتناع عن عمل.

٣ ـ صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء:

يقصد بذلك أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به، وذلك لأن المقاصة وفاء جبري. وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الالتزامين التزاماً طبيعياً والآخر التزاماً مدنياً.

٤ ـ استحقاق الدينين للأداء:

يجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء (م ٣٣٠/ ١ موجباً وعقود لبناني). وذلك لأن المقاصة وفاء جبري ولا يجوز جبر المدين على الوفاء إلا إذا حل أجل الاستحقاق ولذلك لا تقع المقاصة بين دين مضاف إلى أجل ودين حال، ولا بين

دينين مؤجلين إلا إذا حل الأجل أو سقط لسبب من أسباب السقوط.

أما إذا كان الأجل قضائياً، مهلة منحها القاضي، نظرة الميسرة، أو تبرع بها الدائن، فإنه لا يمنع حق المقاصة (م ٢/٣٦٢ مدني مصري، م ١١٦ موجبات وعقود لبناني م ١/٣٣٠ موجبات وعقود) ويرجع السبب في ذلك إلى أن الدين كان في الأصل مستحق الأداء، وقد أمهل المدين لأنه غير قادر على الوفاء، فإذا تبين أنه قادر على الوفاء عن طريق المقاصة، لأنه أصبح دائناً لدائنه، وقعت المقاصة قبل انقضاء الأجل، حيث لا مبرر لحرمان الدائن من أن يستوفي حقه عن طريق التمسك بالمقاصة.

٥ ـ خلو الدينين من النزاع:

ويقصد بذلك أن يكون كل منهما محقق الوجود لا شك في ثبوته، ومحدداً في مقداره ـ فإذا ثار نزاع حول وجوده أو مقداره فلا تقع المقاصة ـ ويشترط أن يكون هذا النزاع جدياً حتى تمتنع المقاصة القانونية.

٦ ـ قابلية كل من الدينين للحجز:

فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الحقين لا يجوز الحجز عليه (م ٣٦٤/ج مدني مصري، م ٣/٣٣١ موجبات وعقود لبناني) وذلك لأن دين كل من الطرفين يستوفي قهراً من الحق الثابت له.

هذه هي الشروط التي يجب توافرها لوقوع المقاصة القانونية ولا يشترط بعد ذلك أي شرط آخر. فلا يشترط أهلية الوفاء، وذلك لأن المقاصة وفاء قهري لا اختياري، ولا يشترط أن يكون الدينان قد نشأ عن مصدر واحد (م ١/٣٦٢ مدني مصري). أو أن يكون بينهما ارتباط كما هو الحال في الحق في الحبس.

كما لا يشترط اتحاد مكان الوفاء، ولكن بمقتضى المادة ٣٦٣ مدني مصري، يتعين على من يتمسك بالمقاصة رغم اختلاف مكان الوفاء في الدينين أن يعوض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك.

الديون التي لا يجوز فيها المقاصة القانونية:

تقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

أ ـ إذا كان أحد الدينين نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده.

ب ـ إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده (م ٣٦٤ مدني مصري، ٣٣١ موجبات وعقود لبناني).

المطلب الثاني: أحكام المقاصة القانونية

وهنا يجب أن نتعرف على كيفية وقوع المقاصة، ثم نعرض بعد ذلك لما يترتب عليها من آثار.

أولاً ـ كيفية وقوع المقاصة:

القاعدة أنه «لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها» (م ٣٦٥/ ١ مدني مصري، م ٣٣٢ موجبات وعقود لبناني).

وعلى ضوء هذه القاعدة يشترط لوقوع المقاصة التمسك بها ممن له مصلحة فيها كما أنها لا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.

١ ـ وجوب التمسك بالمقاصة:

لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها. فالمقاصة ليست من النظام العام. ولذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه.

والذي له مصلحة في وقوع المقاصة هو أولاً المدين في كل من الدينين المتقابلين. وكذلك يحق للكفيل، إذا ما طالبه الدائن بالوفاء بدين المدين، أن يتمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين وما هو مستحق للمدين على هذا الدائن ولحائز العقار المرهون ضماناً للدين أن يتمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين الراهن وما هو مستحق على الدائن المرتهن وذلك حتى ينقضي الرهن الذي يثقل العقار بالتبعية لانقضاء الدين المضمون بالمقاصة. وكذلك الأمر بالنسبة للمدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا المدين فحسب (م ٢٨٧ مدني مصري).

والتمسك بالمقاصة يكون في صورة دفع لمطالبة الدائن لمدينه بالوفاء بحقه

عليه، أو عن طريق دعوى مبتدأة يرفعها صاحب الشأن طالباً فيها تقرير المقاصة بين دينه والحق الذي له. ويصلح التمسك بالمقاصة في أية حالة كانت عليها الدعوى. بل يجوز التمسك بالمقاصة بعد الحكم وعند الشروع في التنفيذ ما لم يتضح أن سكوت صاحب الشأن مبناه النزول عن المقاصة.

٢ ـ لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها:

إذا كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام، لذلك فإنها لا تقع إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة فيها، كما أنه لصاحب المصلحة أن ينزل عن التمسك بها، رغم توافر شروطها وثبوت الحق له فيها. وهذا ما قرره المشرع اللبناني.

ولكن حماية للمدينين من عسف الدائنين قد نص المشرع المصري (م ٣٦٥/ ١) على عدم جواز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها، وذلك خشية أن يصبح الاتفاق على النزول عنها شرطاً مألوفاً دارجاً.

ثانياً: آثار المقاصة:

في هذا الصدد سوف نرى أن آثار المقاصة تتلخص في انقضاء الدينين بقدر الأقل منها، وأن هذا الانقضاء يكون من الوقت الذي يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة. كما أنه يمتنع وقوع المقاصة أضراراً بالغير.

١ ـ انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما:

نحن نعلم أن المقاصة تتضمن معنى الوفاء، ولذلك فإن أثرها المباشر هو انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما (م ٣٦٥/ ٢ مدني مصري، م ٣٣٣/ ١ موجبات وعقود لبناني). هذا يعني أن كلاً من الطرفين يوفي دينه بحقه، وإذا اختلف مقدار الدينين، فإن انقضاءهما بقدر الأقل منهما، يعني أن الدين الأكثر قد وفى به وفاء جزئياً، وهذه هي إحدى الحالات الاستثنائية التي يصح فيها الوفاء الجزئي بنص القانون دون حاجة إلى رضاء الدائن.

كما أن احتساب الخصم فيها كاحتساب الخصم في الوفاء، إذا تعددت في جانب أحد الطرفين الديون الجائز المقاصة فيها (م ٣٦٥/ ٢ مدني مصري، م ٣٣٦ موجبات وعقود لبناني).

٢ ـ انقضاء الدينين من الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة:

إذا كانت القاعدة أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، فإن هذا لا يمنع من أنها تقع بحكم القانون بمعنى أنه متى تم التمسك بالمقاصة وجب على القاضي الحكم بها ما دامت شروطها قد توافرت. ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي توافرت فيه هذه الشروط، أو بعبارة أخرى «منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة» (م ٣٦٥/ ٢ مدني مصري، م ٣٣٢ موجبات وعقود لبناني). فحكم القاضي في هذه الحالة مقرر للمقاصة التي وقعت من قبل. وترتب على هذا المبدأ النتائج الآتية:

أ ـ إذا كان أحد الدينين يغل فائدة فلا تحتسب هذه الفائدة إلا عن المدة السابقة لتوافر شروط المقاصة. أما المدة اللاحقة فلا تحتسب عنها فوائد لأن الدين قد انقضى منذ الوقت الذي توافرت فيه شروط المقاصة.

ب ـ إذا كان يترتب على المقاصة انقضاء الدينين من الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، لذلك فإنها ترتب أثرها ما دام الدين الذي توافرت فيه شروط المقاصة قائماً لم ينقض بالتقادم في هذا الوقت ولو تم اكتمال مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة (م ٣٦٦ مدني مصري، م ٣٣٢ موجبات وعقود لبناني).

٣ ـ امتناع وقوع المقاصة أضراراً بالغير (م ٣٦٧/ ١ مدني مصري، م ٣٣٥ موجبات وعقود لبناني):

ويعتبر ذلك من المبادىء الهامة التي تحكم آثار المقاصة بالنسبة للغير. وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للحجز الموقع من الغير، وبالنسبة لحوالة الحق بعد قبولها وأخيراً النزول عن المقاصة.

(١) إذا وقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز (م ٦٣٧/ ٢ مدني مصري) ولا ينبغي لهذا المدين إلا أن يحجز تحت يد نفسه، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول في اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع.

(٢) قبول الحوالة دون تحفظ. إذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين،

وقام أحد الدائنين بالرغم من ذلك بحوالة حقه إلى شخص آخر وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، امتنع عليه بعد ذلك التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، وتعين عليه أن يوفي لهذا الأخير بالحق المحال به. ثم الرجوع على المحيل بما له من حق قبله (م ٣٦٨/ ١ مدني مصري) لكن إذا كان نفاذ الحوالة قد تم عن طريق إعلانه بها لا قبوله لها فإن هذه الحوالة لا تمنعه من أن يتمسك بالمقاصة (م ٣٦٨/ ٢ مدني مصري).

(٣) الوفـاء بعد ثبوت الحق في المقاصة : إذا وفى المدين ديناً كان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضرار بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (٣٦٩ مدني مصري). وعلى ذلك إذا كان الموفي يعلم وقت الوفاء أنه له حقاً قبل دائنه ووفى بدينه، رغم ذلك، فليس له بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة، إذ يعتبر قد تنازل عنها، وبالتالي ليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون وليس له أن يتمسك بالرهن إضرار بالدائنين التالين له في المرتبة ويمكن الآخذ بهذه الحلول في القانون اللبناني بالرغم من عدم النص عليها وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة من المادة ٣٣٥ موجبات وعقود.

المبحث الثاني: المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

أولاً ـ المقاصة الاختيارية:

إذا تخلف أحد شروط المقاصة القانونية فلا تقع هذه المقاصة بحكم القانون، ولكنها قد تقع بالاختيار، بإرادة أحد الطرفين، أو بإرادتهما معاً، وفقاً لما إذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة أحدهما فقط أو مصلحتهما معاً، مثال ذلك أن يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بعد لعدم حلول الأجل الذي تقرر لمصلحة أحد الطرفين فقط، فيتنازل عنه ويتمسك بالمقاصة، أو قد قصد به مصلحتهما معاً، مثال ذلك أن يكون الأجل مشترطاً لمصلحة الطرفين، فيتفق الطرفين على النزول عن الأجل لتقع المقاصة بينهما.

وفي جميع الأحوال لا ترتب المقاصة الاختيارية أثرها من حيث قضاء الدينين

إلا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها. كل هذا مع مراعاة حقوق الغير بألا تمس بها هذه المقاصة.

ثانياً: المقاصة القضائية:

هي المقاصة التي يجريها القاضي باستكماله شرط الخلو من النزاع الذي افتقدته المقاصة القانونية. فإذا طالب دائن مدينه بالوفاء بما عليه، فتقدم المدعي عليه بطلب عارض يدعى فيه بحق ينازعه خصمه في وجوده أو مقداره، فلن تقع المقاصة القانونية لأن أحد الدينين متنازع عليه، ولكن للمحكمة أن تفصل في هذا النزاع، فإن قضت بوجود الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الدينين.

وعلى ذلك فإن القاضي عندما يفصل في النزاع حول وجود الحق أو مقداره. إنما يقتصر على مجرد استكمال شروط المقاصة القانونية - ومتى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون. ولذلك فإن حكم القاضي كاشف لا منشىء للمقاصة ولكن المقاصة لا تقع إلا من وقت الحكم، فمنذ ذلك الوقت فقط تكون شروط المقاصة القانونية قد توافرت.

الفصل الرابع

اتحاد الذمة

تعريف: اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. ويتضح من هذا التعريف الفارق الجوهري بين اتحاد الذمة والمقاصة. فالمقاصة تفترض شخصين بينهما التزامان، المدين في أحدهما دائن في الآخر. أما اتحاد الذمة فهو يفترض وجود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه.

أولاً ـ حالات اتحاد الذمة:

اتحاد الذمة متصور بالنسبة لكل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية. كما أن اتحاد الذمة يقع بسبب الوفاة أو حال الحياة.

١ ـ اتحاد الذمة في الحقوق العينية: مثل ذلك إذا توفى مالك الرقبة فورثه المنتفع، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به، أو بالعكس.

٢ ـ اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية: مثال ذلك أن يخلف الدائن المدين، أو يخلف المدين الدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائناً لنفسه أو مديناً لها.

٣ ـ اتحاد الذمة حال الحياة: مثال ذلك شراء شركة السندات التي سبق لها إصدارها.

٤ ـ اتحاد الذمة بسبب الوفاة: إذا توفي الدائن وكان الوارث مدينه. فإنه يتلق الحق عنه بالميراث، فتجتمع فيه صفتان المدين والدائن. وكذلك إذا توفي المدين فورثه دائنه.

ثانياً ـ أثر اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين، إذ لا يستطيع الشخص أن

يطالب نفسه. لذلك نصت المادة ٣٧٠ على أن «الدين ينقضي بالقدر الذي اتحدت به الذمة».

اتحاد الذمة ليس في حقيقته سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين، من جراء اتحاد صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص. ويتفرع على ذلك أنه إذا زال السبب الذي أفضى إلى اتحاد الذمة، كان لزواله أثر رجعي، وعاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (م ٣٧٠/ ٢ مدني مصري، م ٣٣٧ موجبات وعقود لبناني).

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

ينقضي الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهي: الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

الفصل الأول

الإبراء

التعريف: الإبراء تصرف قانوني بالإرادة المنفردة به ينقضي الالتزام دون مقابل. ويتميز الإبراء بخصيصتين:

١ ـ إن الإبراء يتم بالإرادة المنفردة للدائن، فلا يشترط لحصول الإبراء اتفاق الدائن والمدين، إلا أن للمدين إذا رأى في الإبراء مساساً بكرامته، أن يرده، ويترتب على الرد انعدام أثره وبقاء الالتزام قائماً. (م ٣٧١ مدني مصري).

٢ ـ الإبراء يعتبر من أعمال التبرع، ولذا تسري في شأنه الأحكام الموضوعية للتبرعات. أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية، فلا يشترط في الإبراء شرط خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل خاص فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان، كما لو أبرأ الموهوب له الواهب من التزامه الناشىء عن عقد الهبة والسبب في ذلك أن الإبراء ليس ناقلاً للحق، وإنما هو سبب لانقضاء الالتزام.

ويترتب على الإبراء انقضاء التزام المدين، فتنقضي تأميناته سواء كانت شخصية أو عينية. (م ٣٧٢ مدني مصري).

في القانون اللبناني يعتبر الإبراء اتفاقاً لا يتم إلا برضاء المدين ولا يكفي فيه إرادة الدائن (م ٣٣٨ موجبات وعقود لبناني).

والتعبير عن الإرادة في الإبراء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً فهو يستفاد من كل عمل أو كل حال تتبين منهما جلياً عند الدائن نية التنازل عن حقوقه، وعند المدين نية الاستفادة من هذا التنازل (م ٣٤٠/١ موجبات وعقود) بل إن التسليم الاختياري

للسند الأصلي الذي كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلى أن يثبت العكس (م ٢/٣٤٠ موجبات وعقود لبناني). لكن لا يعد رد الدائن للشيء المرهون الذي كان في حوزته على سبيل التأمين، قرينة على حصول الإبراء (م ٣/٣٤٠ موجبات وعقود).

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه (م ٣٧٣ مدني مصري، م ٣٤١ موجبات وعقود لبناني).

وقد سبقت الإشارة إلى هذه القاعدة في أكثر من موضع، ولذلك سنكتفي بالتذكرة بشروط انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ.

١ ـ يشترط أن تكون الاستحالة تامة، فلا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً. إذ في هذه الحالة يتعلق الأمر برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول طبقاً لنظرية الظروف الطارئة دون أن يؤدي إلى انقضائه.

٢ ـ يشترط أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو خطأ الغير. أما إذا لم تكن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام لا ينقضي وإن أصبح بتنفيذه عيناً مستحيلاً، ويتعين في هذه الحالة الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل.

وقد يظل المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبي، وذلك في حالة ما إذا اتفق على التشديد من أحكام المسؤولية التعاقدية بتحميل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة (م ٢١٧ مدني مصري). وعبء إثبات القوة القاهرة يقع على عاتق المدين وللدائن أن يثبت العكس (م ٣٤٢ موجبات وعقود لبناني).

ولا تبرأ ذمة المدين بسبب القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ وبالتالي يمكن أن يكون انقضاء الالتزام جزئياً(م ٣٤٣/ ١ موجبات وعقود لبناني).

إذا انقضى الالتزام كلياً أو جزئياً فإن المدين يلتزم بأن ينزل للدائن عما قد يكون

له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الهالك (م ٣٤٣/٢ موجبات وعقود لبناني) وهذا كله يعد تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المصري.

وأخيراً يجب أن نشير إلى أن انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه يترتب عليه في العقود الملزمة للجانبين، انقضاء الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدني مصري) وذلك يعني أن المدين في الالتزام الذي استحال تنفيذه هو الذي يتحمل تبعة الاستحالة. ويلاحظ أن القانون اللبناني، كما هو الشأن في القانون الفرنسي، قد استثنى من هذه القاعدة العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية، حيث جعل تبعة الاستحالة بسبب هلاك الشيء على المالك (م ٣/٢٤٣ موجبات وعقود).

الفصل الثالث

التقادم المسقط

التعريف بالتقادم المسقط:

التقادم المسقط عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه.

ويرجع اسقاط الحقوق بالتقادم إلى اعتبارات متعددة. فمنها ما يتعلق بالصالح العام وهو تصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات في شأن عقود أو وقائع لقدم العهد عليها مما يغلب معه فقد السندات الخاصة بها وبالتالي صعوبة الفصل فيها لتعذر معرفة وجه الحق فيها، ومنها ما يتعلق بمصلحة المدين وإهمال الدائن، ذلك أن في السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر إلى الاحتفاظ بالمخالصة بالدين إلى ما لا نهاية بل يكفيه احتفاظه بها طوال مدة سريان التقادم فحسب فإن انقضت هذه المدة كان له إعدام هذه المخالصة (أي سند الوفاء) وهو مطمئن إلى أنه لن يضطر للوفاء للدائن مرة ثانية. كما أن تقرير سقوط حق الدائن بالتقادم يؤدي إلى منع تراكم الديون على المدين وهو أولى بالرعاية من الدائن الذي أهمل في المطالبة بحقه.

ولمعرفة الاعتبار الذي بني عليه التقادم أهمية كبرى في تحديد مدى حق المدين في التمسك بالتقادم، فإذا كان مبني التقادم هو قرينة الوفاء فلن يستطيع المدين التمسك به إذا كان قد اعترف بعدم الوفاء أو بدأ بإنكار وجود الدين حيث أن هذا الإنكار يتضمن الاعتراف بأنه لم يوف به. أما إذا كان مبني التقادم هو تجنب

المنازعات التي يصعب الفصل فيها، أو فكرة منع تراكم الديون على المدين، فإن للمدين أن يتمسك بالتقادم ولو اعترف أنه لم يعرف بالدين أو بدأ بإنكار وجود الدين حيث أن هذا الإنكار يتضمن الاعتراف بأنه لم يوف به. أما إذا كان مبني التقادم هو تجنب المنازعات التي يصعب الفصل فيها، أو فكرة منع تراكم الديون على المدين، فإن للمدين أن يتمسك بالتقادم ولو اعترف أنه لم يعرف بالدين أو بدأ بإنكار وجوده.

خطة الدراسة:

ولدراسة التقادم نبدأ أولاً بدراسة مدة التقادم وكيفية احتسابها، ثم ندرس بعد ذلك أثر التقادم.

المبحث الأول: مدة التقادم وكيفية احتسابها

وفي هذا الصدد ندرس القاعدة العامة في التقادم المسقط، ثم ندرس الحالات التي يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر، ثم نتعرف بعد ذلك على كيفية احتساب هذه المدة.

المطلب الأول: مدة التقادم

وهنا نعرض للقاعدة العامة للتقادم المسقط، ثم نعقبها بعرض الحالات التي يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر.

أولاً ـ القاعدة العامة: التقادم المسقط بخمس عشر سنة: (عشر سنوات في القانون اللبناني)

القاعدة هي أن الالتزام يتقادم بمضي خمس عشرة سنة ما لم ينص القانون استثناء على مدة أخرى (م ٣٧٤ مدني مصري)

وفي القانون اللبناني تنص المادة ٣٤٩ موجبات وعقود «إن مرور الزمن يتم في الأساس بعد انقضاء عشر سنوات».

ولهذا التقادم أساس مزدوج يستند إلى فكرتي الصالح العام والصالح الخاص في نفس الوقت. فنتيجة للاعتبار الأول الذي مبناه تجنب نظر المنازعات التي قدم عليها العهد لتعذر الفصل فيها، نجد أنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه (م ٣٨٨/ ١) كما أنه يصح التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (م ٣٨٧/ ٢). ونتيجة للاعتبار الثاني، والذي مبناه قرينة

الوفاء، نجد أنه لا يقع التقادم بقوة القانون، بل يجب أن يتمسك من له مصلحة فيه (م ٣٨٧/١)، وأنه يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي بالرغم من انقضاء الالتزام المدني بالتقادم (م ٣٨٦/١)، وأنه يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه (م ٣٨٨/٢).

وإلى جانب هذا التقادم العادي توجد حالات يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر من ذلك.

ثانياً ـ التقادم القصير:

قد تضمنت المواد ٣٧٥ ـ ٣٧٩ من التقنين المدني على أنواع ثلاثة من التقادم القصير، التقادم بخمس سنوات، والتقادم بثلاث سنوات، والتقادم بسنة واحدة.

١ ـ التقادم الخمسي:

يسري التقادم الخمسي على ثلاثة أنواع من الحقوق وهي:

أ ـ الحقوق الدورية المتجددة: ويقصد بالدورية أن الدين يستحق في مواعيد متتالية. والمقصود بالتجدد أن الحق يستحق في موعده الدوري إلى ما لا نهاية ما دام مصدره قائماً، ودون أن يؤدي ذلك إلى انتقاض الأصل، مثال ذلك الفوائد.

وقد ذكرت المادة ٣٧٥/١ مدني مصري، م ٣٥٠/١ موجبات وعقود لبناني من الحقوق الدورية المتجددة أجرة المباني والأراضي الزراعية والفوائد، والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات وهذا التعداد قد ورد على سبيل المثال لا الحصر. لكن القانون اللبناني اشترط لاعتبار الحق دورياً ألا يزيد موعد الاستحقاق الدوري عن سنة.

وأساس التقادم في هذه الحالة هو منع تراكم هذه الديون على المدين. وذلك حتى لا يجبر على أداء هذه الديون من رأس ماله بدلاً من ريعه فيما لو تراكمت عليه لمدة أطول من خمس سنوات. ويترتب على ذلك أنه يجوز للمدين أن يدفع بالتقادم الخمسي حتى ولو بدأ بإنكار مديونيته، أو كان قد أقر بها، بشرط ألا يتضمن الإقرار معنى التنازل عن التمسك بالتقادم.

وقد استثنى المشرع من نطاق الحقوق الدورية المتجددة، الريع المستحق في

ذمة الحائز سيء النية (م ٩٧٩ مدني مصري). والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين. فهذه الديون ليست من الديون الدورية المتجددة، وإن بدت كذلك في الظاهر، ولذلك أجرى في شأنها القاعدة العامة وهي سقوط الحق في المطالبة بانقضاء خمس عشرة سنة.

ب ـ حقوق بعض أصحاب المهن الحرة:

«تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات» (م ٣٧٦ مدني مصري).

وتعداد هذا النص لأصحاب المهن الحرة وارد على سبيل الحصر. ولذلك أصحاب المهن الحرة الذين لم يرد ذكرهم فلا تسقط حقوقهم إلا بمضي ١٥ سنة طبقاً للقواعد العامة مثل ذلك حق المؤلف قبل الناشر.

وأساس التقادم الخمسي هنا هو قرينة الوفاء، ولذلك لا يجوز للمدين التمسك بهذا التقادم إذا أتى عملاً يتنافى وهذه القرينة وهذا التقادم يستند أيضاً إلى اعتبار هام هو ما جرت به العادة من عدم تحرير سندات مثبتة لهذه الحقوق وبالتالي من عدم تحرير مخالصات مثبتة للوفاء بها. ولذلك إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة لأنه لو حرر سند مثبت للحق، فستحرر غالباً مخالصة تثبت الوفاء به (٣٧٩/ ٢ مدني مصري).

جـ ـ الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية:

تنص المادة ١٩٤ من القانون التجاري على أن «كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات التي تحت الإذن تعتبر عملاً تجارياً أو بالسندات التي لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية، يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنوات اعتباراً من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة ان لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد، وإنما على المدعي عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم

شيء من الدين. إذا دعوا للحلف، وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين».

وهذا التقادم مبني أيضاً على قرينة الوفاء. ولكن دراسة تقادم هذه الديون أدخل في موضوعات القانون التجاري ـ فنكتفي هنا بهذا القدر على أنه ستتاح فرصة لدراسة أوسع له فيما بعد.

٢ ـ التقادم الثلاثي:

يسري التقادم الثلاثي على الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وإذا استوفت الدولة ضريبة أو رسماً بغير حق، أو زيادة عما هو مستحق، سقط الحق في استرداد ما دفع بغير حق بالتقادم الثلاثي أيضاً (م ٣٧٧ مدني مصري) وهذا كله إلا إذا تضمنت القوانين الخاصة أحكاماً أخرى. وفي تشريعات لاحقة جعل المشرع التقادم الخمسي هو القاعدة العامة في تقادم الضرائب والرسوم. أما الحق في استرداد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق، فلا زالت القاعدة العامة بشأنه هي قاعدة التقادم الثلاثي، مع عدة استثناءات وردت في قوانين خاصة جعلت مدة التقادم سنتين.

وأساس تقادم حق الدولة في الضرائب والرسوم هو عدم إرهاق المدين وإثقال كاهلة بتراكم الديون عليه، لذلك يجوز التمسك به ولو بدأ المدين بالمنازعة في التزامه بها أو أقر أنه لم يوف بها، أما تقادم الحق في استرداد ما دفع بغير حق من رسوم أو ضرائب فإنه يقوم على الرغبة في ضمان حسن انتظام حسابات الدولة وميزانيتها.

ـ التقادم بسنتين: نص القانون اللبناني في المولود ٣٥١ ـ ٣٥٢ موجبات وعقود على الحالات التي يسقط فيها الدين بالتقادم بمرور الزمن بعد سنتين.

٣ ـ التقادم الحولي:

نصت المادة ٣٧٨ على طوائف ثلاث من الحقوق تتقادم بسنة واحدة هي:

١ ـ حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء.

٢ ـ حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

٣ ـ حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

أساس هذا التقادم هو قرينة الوفاء ـ على النحو السابق بيانه بصدد أصحاب المهن الحرة. . وهذه القرينة قرينة ضعيفة لذلك يتعين على القاضي أن يكملها بيمين الاستيثاق. واليمين يوجهها القاضي إلى المدين من تلقاء نفسه. وإذا نكل عنها المدين ألزم بالوفاء رغم مضي السنة ورغم تمسكه بالتقادم. وإذا توفي المدين، فتوجه اليمين إلى ورثته إن كانوا راشدين، أو إلى أوصيائهم إن كانوا قصراً، فيحلفون على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو على أنهم يعلمون بحصول الوفاء.

المطلب الثاني: كيفية احتساب المدة

يثير موضوع كيفية احتساب مدة التقادم عدة مسائل منها ما يتعلق بالقاعدة العامة في احتساب المدة، وتحديد بدء سريان التقادم، وما قد يعرض لمدة التقادم أثناء سريانها من أسباب الوقف أو الانقطاع. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً ـ القاعدة العامة في احتساب المدة:

حساب مدة التقادم يكون على أساس التقويم الميلادي (م ٣ مدني) والمدة تحسب بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وهو يوم استحقاق الدين، وتنتهي المدة بانقضاء اليوم الأخير منها (م ٣٨٠ مدني مصري، م ٣٤٨ موجبات وعقود لبناني).

ثانياً ـ بدء سريان التقادم:

لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء (م ٣٨١/ ١ مدني مصري، م ٣٤٨ موجبات وعقود لبناني)، أي من الوقت الذي يجوز فيه المطالبة به، إذ منذ ذلك اليوم فقط يمكن القول أن الدائن قد سكت عن المطالبة.

وعلى ذلك إذا كان الدين معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل واقف فلا يبدأ سريان التقادم إلا من وقت تحقق الشرط أو انتهاء الأجل (م ٣٨١/ ٢ مدني). وإذا

كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، كما هو الحال لو اتفق على أن يرد المقترض مبلغ القرض عند الطلب، سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (٣٨١/ ٣ مدني)، أي في الأصل، من يوم نشوء الالتزام ما لم يقم الدليل على أنه لم يكن في استطاعة الدائن أن يطالب بالدين إلا في تاريخ لاحق فيسري التقادم من ذلك التاريخ.

إذا كان الدائن على علاقة مستمرة بالمدين من شأنها أن تنشىء له حقوقاً متعاقبة، فإنه إذا اكتمل للدائن حق قائم بذاته فإن احتساب مدة سقوطه بالتقادم يبدأ من وقت استحقاقه مستقلاً عما ينشأ له من حقوق أخرى. (م ٣٧٩/ ١ مدني) ومن ذلك حقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٨ مدني). والحقوق التي تسقط بمضي سنة واحدة (م ٣٧٨ مدني). فمثلاً إذا قام طبيب العائلة بعلاج مريضين في أسرة واحدة على التوالي ترتب له دينان قائمان بذاتهما. ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا يتجزأ ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه العيادة. وكذلك إذا قام تاجر بالتوريد لعميل له، كان الأمر متوقفاً على ما جرت عليه العادة في استحقاق ثمن توريداته، كل يوم كل أسبوع أو كل شهر على حسب الأحوال[1].

ثالثاً: وقف التقادم

تعريفه: يقصد بالوقف أن يتعطل سريان التقادم مدة ما لسبب وجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع. أي أن الفترة التي يقف التقادم أثنائها لا تحتسب في مدة التقادم (م ٣٨٢ مدني مصري، م ٣٥٤ ـ ٣٥٦ موجبات وعقود لبناني).

والعلة من وقف التقادم هي عدم استطاعة الدائن المطالبة بحقه لوجود مانع ما، فمن العدل إذن عدم سريان التقادم ضده.

٢ ـ أسبابه:

أ ـ سبب عام أياً كانت مدة التقادم، وهو أن التقادم يوقف كلما وجد مانع يتعذر على الدائن المطالبة بحقه، وهذا المانع قد يكون مانعاً مادياً، كقيام حرب أو ثورة تحول دون اتخاذ الإجراءات القضائية للمطالبة بالحقوق. ولا يشترط في المانع

---

(١) أنظر في ذلك أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٤٧٢ ص ٤٠٤.

المادي أن يرقي إلى مرتبة القوة القاهرة، وقد يكون مانعاً قانونياً أو أدبياً كعلاقة الابن بأبيه، والزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية، وعلاقة السيد بخادمه، وعلاقة العامل برب العمل، وعلاقة الأصيل بنائبه.

ب ـ سبب خاص بالتقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات فيوقف التقادم إذا كان الدائن غير كامل الأهلية أو غائباً أو محكوماً عليه في جناية، ما دام ليس له نائب يمثله قانوناً. والعلة في تقرير هذا الحكم أن الدائن ليس لديه في هذه الحالات من حسن الإدراك أو من الوسائل المادية ما يمكنه من المطالبة بحقوقه. أما بالنسبة للتقادم بخمس سنوات فأقل فقد رأى المشرع أن الاعتبارات التي حدت به إلى تقصير المدة اللازمة لسقوط الحق أولى بالتفصيل من مصلحة الدائن في هذه الأحوال.

٣ ـ أثره: يترتب على وقف التقادم تعطيل سريانه أثناء الفترة التي تحقق فيها سبب الوقف، ولذلك لا تدخل هذه الفترة في حساب مدة التقادم، بمعنى أنه يقتصر في احتساب مدة التقادم على الفترة السابقة على قيام سبب الوقف بالإضافة إلى الفترة اللاحقة لزوال السبب.

رابعاً ـ انقطاع التقادم

١ ـ تعريفه: انقطاع التقادم هو إلغاء أو محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لإجراء يتخذه الدائن أو إقرار يصدر من المدين على أن تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع (م ٣٨٣ ـ ٣٨٤ مدني مصري، م ٣٥٧ ـ ٣٥٨ موجبات وعقود لبناني).

٢ ـ أسبابه:

أ ـ أسباب ترجع إلى الدائن:

أولاً ـ المطالبة القضائية: ويقصد بها مطالبة الدائن مدينه أمام القضاء بالحق الذي له في ذمته، سواء بدعوى مبتدأة، أو بمطالبته بحقه في أثناء السير في إحدى الدعاوى. ولا بد أن تنصب المطالبة على الحق المراد اقتضاؤه ذاته. ولذلك لا تكفي المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة، ولا يكفي أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة على مدين المدين، أو دعوى الصورية، أو الدعوى البوليصية، لأن في جميع هذه الدعاوى لا يطالب الدائن بحقه ذاته.

والمطالبة القضائية من جانب الدائن بحقه يقطع التقادم ولو كان قد رفع دعواه إلى محكمة غير مختصة. ويبدأ التقادم الجديد بعد صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص. وعلى العكس من ذلك المطالبة القضائية الباطلة لعيب شكلي في إعلان صحيفة الدعوى لا تؤدي إلى انقطاع التقادم لكن في القانون اللبناني الحكم ببطلان الصحيفة لا يحول دون قطع التقادم. كما يزول كل أثر للمطالبة القضائية بترك الدائن للخصومة وبالحكم بسقوطها. في القانون اللبناني يكفي لقطع التقادم الإنذار الرسمي على يد كاتب عدل بشرط أن يكون ثابت التاريخ. كما أنه يكفي أيضاً اتخاذ الإجراءات التحفظية، كطلب وضع الأختام وقيد الرهن وتجديد القيد ـ لقطع التقادم طالما أن هذا الإجراء يتناول مالاً من أموال المدين (م ٣٥٧/٣ موجبات وعقود).

ثانياً ـ التنبيه والحجز: والتنبيه بالوفاء هو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه، وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبري إذا لم يقم بأدائه ويترتب على هذا التنبيه قطع التقادم ولو لم يعقبه حجز أو قضي ببطلان الحجز الذي أعقبه.

ويترتب على الحجز ذاته قطع التقادم. وتظهر أهمية ذلك بالنسبة للحجز التحفظي الذي لا يلزم أن يكون مسبوقاً بتنبيه لعدم وجود سند تنفيذي بيد الدائن. كما أنه تظهر أهميته في الحجز التنفيذي إذ أنه يترتب على الحجز الذي يعقب التنبيه قطع التقادم الجديد الذي بدأ بعد حصول التنبيه.

ثالثاً ـ الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسة مدينه، وذلك بتسليم سند دينه إلى المحكمة مع بيان ما يطلبه طبقاً للمادة ٢٨٨ من القانون التجاري. كما ينقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن بحقه للاشتراك في توزيع ما نتج عن التنفيذ على مال للمدين.

ب ـ أسباب ترجع إلى المدين: الإقرار بحق الدائن

ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرار صريحاً أو ضمنياً. ومثال الإقرار الضمني أن يقوم المدين بدفع جزء من الدين. والإقرار القاطع للتقادم هو الإقرار الذي يصدر من المدين قبل استكمال المدة.

٣ ـ أثر انقطاع التقادم:

ويترتب على انقطاع التقادم إلغاء أو محو المدة السابقة، ويبدأ احتساب المدة

من جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع. والأصل أن يكون التقادم الجديد مماثلاً من حيث طبيعته ومدته للتقادم الأول الذي انقطع (م ٣٨٥/ ١ مدني مصري، م ٣٠٦/ ١ موجبات وعقود لبناني) ولكن يستثنى من هذه القاعدة حالتان نصت عليهما المادة ٣٨٥/ ٢ مدني مصري، م ٣٥٩/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

أ ـ إذا كان التقادم مما يسقط بسنة واحدة وانقطع التقادم بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة في القانون المصري. أما في القانون اللبناني إقرار المدين الذي يقطع التقادم القصير من شأنه تحويل هذا التقادم إلى تقادم طويل مدته عشر سنوات، أياً كانت مدة سقوط الحق الذي تم الإقرار به بشرط أن يثبت هذا الإقرار في صك أو سند (م ٣٥٩/ ٢ موجبات وعقود).

ب ـ إذا كانت مدة التقادم الأصلي أقل من ١٥ سنة في القانون المصري وأقل من عشر سنوات في القانون اللبناني، وانقطع التقادم بالمطالبة القضائية، ثم حكم للدائن وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، أي أصبح نهائياً، فإن حق الدائن لا يسقط بعد ذلك إلى بمضي ١٥ سنة أو ١٠ سنوات في القانون اللبناني ما لم يكن الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم، فإن مدة التقادم بالنسبة لها تظل ٥ سنوات من يوم استحقاقها. مثال ذلك الحكم على المستأجر بدفع المتجمد من الأجرة بعدما تفصل المحكمة في مقدارها المتنازع عليه، وبإلزامه بدفع ما يستجد منها في المستقبل في مواعيده الدورية، في هذه الحالة لا يسقط حق المؤجر في المتجمد من الأجرة إلا بمضي ١٥ سنة أو عشر سنوات في القانون اللبناني من تاريخ الحكم، أما ما يستحق من الأجرة بعد صدور الحكم، فلا زال ديناً دورياً متجدداً، فيسقط بمضي ٥ سنوات من تاريخ استحقاقه.

المطلب الثالث: أثر التقادم

الأحكام المنظمة لآثار التقادم تعكس الاعتبارات التي يقوم عليها هذا التقادم. وهذا ما سوف نراه في هذا المطلب.

أولاً ـ وجوب التمسك بالتقادم ممن له مصلحة فيه:

القاعدة أن الالتزام لا ينقضي بمجرد استكمال مدة التقادم بل يجب التمسك به من ذوي الشأن فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (م ٣٨٧/ ١ مدني مصري م ٣٤٥ موجبات وعقود لبناني) وهذا يعكس ما يقوم عليه التقادم من مراعاة

المصلحة الخاصة لذوي الشأن لا المصلحة العامة. فالتقادم ليس سبباً حقيقياً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مجرد وسيلة لسقوط حق المطالبة به مما قد يترتب عليه سقوط الالتزام رغم أن الدائن لم يستوف حقه، ولذلك وجب أن يترك الأمر فيه إلى ضمير ذوي الشأن.

والتمسك بالتقادم يكون أساساً للمدين، ويجب أن يدفع به بعبارة واضحة لا تحتمل الإبهام، وإذا تمسك المدين خطأ بنوع معين من التقادم لا يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط حق الدائن على أساس توافر شروط نوع آخر من التقادم ما دام المدين لم يتمسك به.

وإذا تعدد المدينون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لأحدهم فلباقي المدينين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين (م ٢٩٢/ ١ مدني مصري، ٣٤٧ موجبات وعقود لبناني).

وإذا كان المدين معسراً أو كان في عدم تمسكه بالتقادم ما يؤدي إلى إعساره، كان لدائنيه أن يتمسكوا بالتقادم باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

كذلك يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم باسمه شخصياً (م ٣٨٧ مدني مصري، م ٣٤٧ موجبات وعقود لبناني) وعلى ذلك يجوز للكفيل إذا ما طالبه الدائن بالوفاء أن يدفع بانقضاء دين المدين، حتى ينقضي التزامه بالتبعية، وأيضاً يجوز لحائز العقار المرهون أن يدفع بتقادم الالتزام المضمون بالرهن، فيمنع الدائن المرتهن من التنفيذ على عقاره.

والتمسك بالتقادم يعتبر دفعاً موضوعياً يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (م ٣٨٧/ ٢ مدني مصري، م ٣٤٥ موجبات وعقود لبناني) لكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه يعتبر في هذه الحالة دفعاً جديداً لم يعرض على محكمة الموضوع، وهو ما لا يجوز.

ثانياً ـ وقت انقضاء الالتزام بالتقادم

إذا اكتملت مدة التقادم، وتمسك به المدين، انقضى الالتزام **ويعتبر الالتزام قد انقضى من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت استكمال مدته أي أن للتقادم أثراً رجعياً**. وقد أورد المشرع تطبيقاً لهذه القاعدة في المادة ٣٨٦/ ٢ مدني مصري الذي

نصت على أنه «إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات» فلولا الأثر الرجعي للتقادم، أي لو اعتبر الدين منقضياً من وقت تمام مدة التقادم فحسب، لوجب على المدين دفع فوائد السنوات الخمس الأخيرة، باعتبار أن أصل الدين كان قائماً في هذه الفترة، وهو ما استبعده المشرع بالتطبيق للأثر الرجعي للتقادم.

ويترتب على انقضاء الالتزام بالتقادم أن يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي (م ٣٨٦/ ١ مدني مصري، م ٣٦١/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

ثالثاً ـ النزول عن التقادم:

يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. ولكن أثر هذا النزول نسبي، فهو لا يتعدى المتنازل نفسه إلى ذوي المصلحة الآخرين الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم باسمهم شخصياً. فيجوز للكفيل وحائز العقار التمسك بالتقادم رغم نزول المدين. بل إن المادة ٣٨٨/ ٢ مدني مصري، م ٣٤٦ موجبات وعقود لبناني قد أجازت، استثناء للدائنين أن يطعنوا في تنازل المدين عن التقادم بالدعوى البوليصية بالرغم من أن هذا التصرف من جانب المدين ليس تصرفاً مفقراً إذ هو لا ينقص من حقوقه المالية، ولا ينشيء التزاماً جديداً، ولكن رأى أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت. ولم يشترط القانون المصري، على خلاف القانون اللبناني، الغش من جانب المدين لجواز الطعن بهذه الدعوى. لكن قد اختلف الفقه حول هذا الشرط فمنهم من لم يشترطه ومنهم من اشترطه.

رابعاً ـ الاتفاقات المعدلة لمدة التقادم

القاعدة أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون (م ٣٨٨/ ١ مدني مصري، م ٣٤٦/ ١ موجبات وعقود لبناني) وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على إطالة أو تقصير مدة التقادم التي حددها القانون لأي نوع منه.

خامساً ـ التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط:

من المواعيد التي نص عليها المشرع ما لا ينصرف إليها أحكام التقادم السابق الإشارة إليها، ويطلق عليها اسم مواعيد السقوط وقد أثارت طبيعة هذه المواعيد

الخلاف في الفقه، فمن الشراح من ينظر إليها كنوع معين من التقادم يخضع لأحكام خاصة. ومنهم وهم الأغلبية من يفرق بينها وبين التقادم بالمعنى المعروف، نظراً لما بينهما من أوجه خلاف، من أهمها أن ميعاد السقوط لا يقبل الوقف ولا الانقطاع، وعلى القاضي أن يراعي ميعاد السقوط من تلقاء نفسه، ولا يجوز التنازل عنه ولو بعد ثبوت الحق فيه. ولا يتخلف عنه التزام طبيعي.

ومن أمثلة مواعيد السقوط ميعاد السنة الواجب رفع دعوى الاستغلال فيه وإلا كانت غير مقبولة (م ١٢٩/٢ مدني مصري) والمواعيد التي يجب فيها على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن يرفع دعواه على البائع والمشتري وإلا سقط حقه في الشفعة (م ٩٤٠ مدني مصري).

تم بحمد الله



الفهرس

القسم الأول
آثار الالتزام

الباب الأول
أثر الالتزام بوجه عام

الباب الثاني
الأوصاف أو القيود المعدلة لأثر الالتزام

القسم الثاني
انتقال الالتزام

الباب الأول
حوالة الحق

الباب الثاني
حوالة الدين

القسم الثالث
انقضاء الالتزام

الباب الأول
الوفـاء

الباب الثاني
انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

الباب الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء